

CMIREPORT

FLYKTNINGEKONVENSJONEN ARTIKKEL 1 C-F

Folkerettslig og komparativ studie av
eksklusjons- og opphørsgrunnene

Terje Einarsen
Elin Skaar
Vigdis Vevstad

R 2006: 2

FLYKTNINGEKONVENSJONEN

ARTIKKEL 1 C-F

Folkerettslig og komparativ studie av
eksklusjons- og opphørsgrunnene

Terje Einarsen
Elin Skaar
Vigdis Vevstad

R 2006: 2

CMI Reports

This series can be ordered from:

Chr. Michelsen Institute

P.O. Box 6033 Postterminalen,

N-5892 Bergen, Norway

Tel: + 47 55 57 40 00

Fax: + 47 55 57 41 66

E-mail: cmi@cmi.no

www.cmi.no

Price: NOK

ISSN 0805-505X

ISBN 82-8062-150-4

This report is also available at:

www.cmi.no/publications

Prosjekttittel: Komparativ studie av Flyktningekonvensjonen artikkel 1 F (eksklusjon) og artiklene opphørsgrunnene)

Oppdragsgiver: Arbeids- og inkluderingsdepartementet (AID), Innvandringsavdelingen

Oppdragstakere: Terje Einarsen, Elin Skaar, Vigdis Vevstad

Indexing terms

Asylpolitikk

Eksklusjon

Flyktningekonvensjonen

Internasjonale forbrytelser

Terrorisme

Project number

24074

Project title

UDI: Flyktningestudie

Innholdsfortegnelse

EXECUTIVE SUMMARY	V
FORORD.....	IX
AKRONYM	X
I INNLEDNING.....	1
II INTERNASJONALE RETTSLIGE RAMMER OG UTVIKLINGSTREKK.....	5
1 FLYKTNINGEKONVENSJONEN OG MENNESKERETTIGHETENE.....	5
2 INTERNASJONALE ORGANISASJONER.....	6
2.1 FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR).....	6
2.2 EU	7
2.3 Europarådet	9
3 INTERNASJONALE STRAFFEDOMSTOLER.....	9
3.1 Straffefølgingsansvar.....	9
3.2 Etablering av internasjonale straffedomstoler.....	10
3.3 Den internasjonale straffedomstolen (ICC) i Haag.....	10
3.4 Internasjonalt samarbeid om utlevering til internasjonale straffedomstoler	11
4 INTERNASJONALT SAMARBEID FOR Å MOTVIRKE TERRORISME	12
4.1 FN.....	12
4.2 EU	13
4.3 Europarådet	14
III KOMPARATIV UNDERSØKELSE.....	15
1 GENERELT OM DEN KOMPARATIVE UNDERSØKELSEN	15
2 RAMMER FOR RETTSANVENDELSEN I NASJONAL ASYLRETT	15
2.1 Internasjonale reglers formelle status i nasjonal rett.....	15
2.2 Internasjonale retningslinjer og policy dokumenter.....	16
2.3 Trekk ved den lovgivningsmessige utvikling.....	17
2.4 Prosessuelle rammer i eksklusjonssaker	22
3 NOEN HOVEDTREKK I RETTSANVENDELSEN I DE UTVALGTE LAND.....	24
3.1 Eksklusjon før inklusjon?	24
3.2 Faktorer og prinsipper i eksklusjonsvurderingen.....	25
3.3 Rettsvirkningen når artikkel 1 F blir anvendt i nasjonal rett	28
3.4 Plikt til å ekskludere?	30
3.5 Opphør	32
3.6 En avsluttende kommentar	34
IV EKSKLUSJON.....	35
1 GENERELLE UTGANGSPUNKTER	35
1.1 Vilkår for og rettsvirkninger av eksklusjon	35
1.2 Harmoniseringsproblemet.....	36
2 EKSKLUSJON ETTER ARTIKLENE 1 D OG 1 E.....	37
2.1 Utelukkelse på grunnlag av alternativ internasjonal bistand.....	37
2.2 Likestilling med tilflyktsstatens egne borgere	37
3 EKSKLUSJON ETTER ARTIKKEL 1 F.....	38
3.1 Historisk og normativ kontekst.....	38
3.2 Objektive vilkår for eksklusjon: Hjemmelskravet.....	39
3.3 Subjektiv skyld (mens rea) som vilkår for eksklusjon	42
3.4 Medvirkning som supplerende grunnlag for eksklusjon	43
3.5 Forsøk som supplerende grunnlag for eksklusjon	44
3.6 Straffrihetsgrunner som også fritar fra eksklusjon.....	45
3.7 Betydningen av formildende eller skjerpende omstendigheter.....	47
3.8 Er proporsjonalitet et vilkår for eksklusjon?.....	48
3.9 Beviskravet etter artikkel 1 F og forholdet til selvinkriminering.....	49

4	INTERNASJONAL TERRORISME E.L. SOM GRUNNLAG FOR EKSKLUSJON	51
4.1	<i>Problemstilling</i>	51
4.2	<i>Generelt om tiltak for å bekjempe internasjonal terrorisme</i>	52
4.3	<i>Hjemmelsspørsmålet i internasjonal flyktningerett</i>	55
4.4	<i>Strafferettslig ansvar for medvirkning til og forsøk på terrorhandlinger</i>	56
4.5	<i>Eksklusjon på grunnlag av deltakelse i illegitime, væpnede organisasjoner</i>	57
5	GIR FARE FOR NASJONAL SIKKERHET GRUNNLAG FOR EKSKLUSJON?	59
6	FOLKERETTSLEG PLIKT TIL Å EKSKLUDERE?	62
6.1	<i>Problemstilling og rettslige utgangspunkter</i>	62
6.2	<i>Avståelse fra eksklusjon på grunnlag av proporsjonalitetsbetraktninger?</i>	63
7	EKSKLUSJONSLIKNENDE BESTEMMELSER	64
7.1	<i>1951-konvensjonen artikkel 32 (1) og artikkel 33 (2)</i>	64
7.2	<i>EUs statusdirektiv</i>	66
8	FORHOLDET TIL BESKYTTELSESGREGER UTENFOR 1951-KONVENSJONEN	67
8.1	<i>Menneskerettigheter og bekjempelse av alvorlig kriminalitet</i>	67
8.2	<i>Det absolutte vernet mot tortur og umenneskelig behandling</i>	67
8.3	<i>Forbud mot dødsstraff, dobbelstraff og dobbel straffeforfølgning</i>	69
8.4	<i>Retten til respekt for familielivet etter EMK artikkel 8</i>	70
V	UTVALGTE OPPHØRSSPØRSMÅL	71
1	INNLEDENDE BEMERKNINGER	71
2	OPPHØR PÅ GRUNN AV FLYKTNINGENS FRIVILLIGE HANDLINGER	72
2.1	<i>Felleskriterier for opphør etter artikkel 1 C (1) – (4)</i>	72
2.2	<i>Nærmere om artikkel 1 C (1) og 1 C (4)</i>	73
3	OPPHØR PÅ GRUNN AV ENDREDE FORHOLD I HJEMLANDET	75
3.1	<i>Utgangspunkt og unntaket for tvingende grunner</i>	75
3.2	<i>NÆRMERE OM OPPHØRSVURDERINGEN</i>	76
4	FORHOLDET MELLOM OPPHØR OG FORTSATT BEHOV FOR BESKYTTELSE	77
4.1	<i>Fortsatt grunnlag for flyktningestatus</i>	77
4.2	<i>RETT TIL INTERNASJONAL BESKYTTELSE UTENFOR 1951-KONVENSJONEN</i>	78
VI	PROSESSUELLE OG INSTITUSJONELLE SPØRSMÅL	79
1	RETTFERDIGE OPPHØRS- OG EKSKLUSJONSPROSEDYRER	79
2	NÆRMERE OM EKSKLUSJONSPROESSEN	80
2.1	<i>Eksklusjon før inklusjon?</i>	80
2.2	<i>Rettsvirkningen av eksklusjon for den ekskluderte</i>	81
2.3	<i>Rettsvirkningen av eksklusjon for familien</i>	81
2.4	<i>Eksklusjonsspørsmålet ved kollektiv beskyttelse etter masseflukt</i>	82
2.5	<i>Forholdet til utvisning, straff og utlevering</i>	82
2.6	<i>Saksutredning og organisering av eksklusjonsarbeidet</i>	83
2.7	<i>Bør reell mistanke formaliseres i et “mistankedokument”?</i>	85
2.8	<i>Særsilt status for mistenkelige personer som ikke kan returneres?</i>	86
VII	KONKLUSJONER OG ANBEFALINGER	88
1	SYSTEMATISK OG PRINSIPIELL TILNÆRMING TIL EKSKLUSJON	88
2	NORGE BØR ARBEIDE FOR EN INTERNASJONAL FLYKTNINGEDOMSTOL	88
3	REFLEKSJONER PÅ BAKGRUNN AV DEN KOMPARATIVE UNDERSØKELSEN	89
4	ØVRIGE RÅD OG ANBEFALINGER FOR NORSK ASYLFORVALTNING	89
5	TI ANBEFALINGER AV MER OVERORDNET KARAKTER	91
	SAMMENDRAG	94
	BIBLIOGRAFI	98
	VEDLEGG	104

Executive Summary

Background, aim and focus: The report is the result of research commissioned by the Ministry of Labour and Social Inclusion in 2004 to a team of three Norwegian researchers: Terje Einarsen (JD), Elin Skaar (PhD, Political Science), and Vigdis Vevstad (JD). The main purpose of the project was to examine more closely certain provisions of the 1951 UN Convention relating to the Status of Refugees (hereafter “the 1951 Convention”) that gives receiving states the possibility of excluding or exempting a person from refugee status (the so-called “exclusion” and “cessation” clauses).

The assignment responds to discussions in recent years about loss of faith in the asylum system. Public faith in the asylum system is based, among other things, on whether authorities involved in the asylum process are able to distinguish ordinary refugees from asylum-seekers who have committed crimes against humanity or other serious crimes. Another important factor is the general fear that the institution of asylum can be abused by, for example, potential terrorists. At the same time, the public expects that the individual’s legitimate need for protection against persecution be respected according to international human rights standards and international agreements. The terms of reference for the research assignment emphasises that this is a complicated legal field, demanding a more detailed analysis of the application of the 1951 Convention. It further stresses that the immigration authorities want case processing to reflect correct legal assessments of the issues involved in addition to efficiency of decision-making.

The primary goal has been to outline and discuss important elements in the exclusion and cessation clauses in order to provide a better overview of this field of international law. A central point of the report has been to provide concrete recommendations to the immigration administration, based on an analysis of international law as well as state practice from selected countries.

In agreement with the Ministry the researchers have chosen to focus on Canada, Denmark, the Netherlands and Great Britain for comparison with Norway. These four countries are all quite advanced with respect to implementing systematic actions and procedures for identifying potential war criminals amongst asylum seekers and refugees. Great Britain, in particular, is a forerunner in the development of anti-terrorism laws. In order to carry out the comparative analysis, the research team has relied on, among other sources, the expertise of prominent experts in the field in each of the four selected countries, who have provided comprehensive country reports.

The core of the project is nonetheless directly linked to the 1951 UN Convention. The main task has thus been to examine the international rules on the exclusion and cessation of refugee status (Part IV-VI of the report) considered in the light of the comparative analysis referred to above (Part III).

The subject matter in a Norwegian and international perspective: Questions regarding the exclusion of certain foreigners from the right to refugee protection, on the basis of suspected involvement in criminal activities outside Norwegian borders, have not been given systematic attention by the Norwegian authorities. Similarly, questions regarding cessation of refugee status, based on actions or events taking place after refugee status has been granted, have not been much addressed. Subsequently, rather limited case law material and jurisprudence exist. The Norwegian Parliament, ministries, and courts have so far not substantially contributed to clarify important questions of principal character in this field of law.

In recent years, more specifically after the terror attacks against the US on 11th September 2001 (“9/11”), there has been an increased focus on the fight against international terrorism. This has also had an impact on the rights of aliens and the protection of refugees. This is illustrated by the fact that the UN High Commissioner for Refugees (UNHCR) has been actively involved in discussions at different levels with states that are legally bound by the 1951 Convention. The emergence of more democratic regimes in a number of countries and the establishment of international criminal courts in recent years have also prompted a stronger public demand for prosecution of gross human rights violations and violations of humanitarian law. One may talk of a “snowball effect” on refugee law and practice: When some recipient countries increase their focus on potential war criminals or terrorists among asylum seekers, other recipient countries have to follow suit lest they be considered “safe havens” where criminals may seek refuge without fear of prosecution.

It is possible that there are more asylum seekers now than before who have been involved in serious, international crimes. However, the actual percentage of war criminals is likely to still be low. It is also hard to tell to what extent potential terrorists have been able to exploit the institution of asylum. From the perspective of Norwegian law, it is in any case useful to take a closer look at the development of jurisprudence and legal practice in other western countries which, like Norway, receive asylum seekers and have been actively engaged in the war against terrorism.

The aim of combating terrorism has a national as well as an international dimension: to prevent future terrorist activities in one’s own country and also to hinder such actions in other parts of the world. This is done, amongst other things, through the collection and exchange of information concerning persons under suspicion who might be in the country. The protection of refugees and the fight against terrorism are in fact both international legal issues.

Part II: Following the report’s introductory chapter, Part II maps out the international legal framework and international developments relevant to the thematic focus. This concerns human rights, international organisations, international courts, and international cooperation in the prevention of terrorism and other serious crimes. UNHCR and the International Criminal Court in The Hague (ICC) are two institutions with very different mandates and tasks, yet they are both important for the topic at hand. Attention is also given to legal developments within the European Union with respect to exclusion, including the Qualification directive on refugees and others who are in need of international protection (subsidiary protection).

Part III: The comparative analysis in part three is meant to provide an overview of current problem areas with respect to exclusion and cessation of refugee status. The main objective is to place Norwegian jurisprudence and legal practice in the field of asylum law in a broader context by illustrating variations in law and practice in countries that might naturally be compared to Norway. The comparative analysis comprising a selection of western states illustrates that states which are legally bound by the same international laws, may still have different practice with respect to important legal questions. Procedures and institutional settings also vary from country to country. The comparative analysis has been useful in bringing out information which has helped sharpen the thematic focus of this report, as well as provide important input to the recommendations.

Some important highlights: Canada has developed quite advanced procedures and laws relating to exclusion and has set up special institutions mandated to handle alleged war criminals. Canada has also established a close working relationship with international war crimes tribunals. Denmark equally appears to have come quite a long way in establishing special institutions and developing internal procedures of collaboration between the immigration administration and the police with respect to investigate alleged war criminals.

In Canada in particular, and to a certain degree in Great Britain and the Netherlands, the national courts have contributed to the development and clarification of law, including a more precise interpretation of the 1951 Convention and relevant international law. In Denmark courts have no authority over the asylum administration, whereas in Norway the courts have barely been involved in developing jurisprudence in this field.

As part of its aim to implement anti-terrorist laws, Great Britain has established a special “certification” procedure, to be applied in cases in which an asylum seeker is suspected of involvement in terrorist activities. According to this procedure, a foreigner might be classified as a “suspected international terrorist”. As far as material law is concerned, Canada has in the interplay between its administration and courts developed an interesting thesis on complicity as grounds for exclusion, particularly with respect to membership in an organisation that has been involved in international crimes. Another interesting aspect is the standard of proof in exclusion cases. Norway seems to demand the highest standard of proof of the five countries analysed.

Part IV: An international law analysis of questions regarding exclusion has a prominent place in the report. The analysis of exclusion, according to the 1951 Convention, puts emphasis on article 1 F, which is applicable when asylum seekers and refugees are suspected of having committed international crimes. This includes genocide, crimes against humanity and war crimes, terrorist activities or other serious crimes. In this connection, the report clarifies the principle of legality and the objective as well as the subjective elements of exclusion. Part IV also comments on the scope of application of article 1 F with respect to complicity and attempt, possible areas for impunity from prosecution, and the importance of mitigating or aggravating circumstances. The standard of proof and rules regarding self incrimination are also discussed. Furthermore, a closer analysis as to whether participation in international terrorist networks may give grounds for exclusion is provided. A principled discussion on whether there is an international obligation to exclude is also given. Part IV further comments on the relationship between the exclusion clauses and other exclusion-like rules and international rules of protection outside the 1951 Convention. It is the opinion of the authors that it is not legally acceptable to consider national security as a separate reason for exclusion from refugee status, unless the ordinary conditions for exclusion are fulfilled. In connection with the international law analysis, the authors have contributed with recommendations as to how the rules should be applied in Norwegian practice.

Part V: The report has placed less emphasis on questions regarding cessation. However, the authors point out that the application of articles 1 C (1) and (5) in Norwegian law does not seem to be quite in accordance with international law. This is unfortunate, because there are essential reasons for applying this part of international law in Norwegian practice, perhaps more often than has been the case so far. For instance, in cases of voluntary visits to a country of origin, the authors have suggested that rather than to interpret the 1951 Convention in disfavour of the refugee, one should consider establishing procedures for registering and reporting to the Norwegian authorities.

Part VI deals with various procedural and institutional questions. It focuses on what would be considered fair cessation and exclusion procedures, with main emphasis on exclusion. Some key issues include: inclusion before exclusion, the impact of exclusion for the excluded person, the effect for the family, exclusion in cases of collective protection, the relationship to punishment, deportation and extradition, as well as the practical organisation of the work connected to exclusion procedures. With respect to the latter, the flow of information, procedural safeguards and the duty to report suspicion of crimes are central elements in the discussion. Part VI also raises the question of whether suspicion ought to be formalised in a so-called “suspicion document”. This idea is partly inspired by the British “certification”

procedure, without it being a carbon copy as such. The question is also raised whether one should legally establish a formal status for suspected persons who cannot be returned.

Conclusions and recommendations: The report's main conclusion is that there is a need for a more systematic and principled approach to exclusion cases in Norwegian jurisprudence. This implies that the international exclusion clauses ought to be applied more frequently than at present, that is, more cases ought to be considered bearing the possibility of exclusion in mind. At the same time, the report also emphasises that international law on exclusion suffers from the weakness that no international refugee court, or similar organ, has so far been established.

The report concludes with a selection of recommendations of more general character, which should be of interest to political authorities as well as the administration. The recommendations are:

1. *Exclusion should not, as a principal rule, be considered before the protection need has been evaluated.*
2. *Before a person is excluded, there should be a clear possibility that the asylum seeker has committed the crime he is suspected of.*
3. *Identification of concrete suspicion of punishable offences and reference to the exact legal basis in exclusion decisions ought to become an integral part of administrative practice.*
4. *One should consider the establishment of a formalised "suspicion document" to be used in exclusion procedures.*
5. *The collaboration between the Directorate of Immigration (UDI) and other administrative organs such as the National Bureau of Crime Investigation (Kripos), the Norwegian Police Security Service (PST) and the Prosecutor's Office should be assessed with respect to clarifying rules, guidelines, and routines regarding institutional collaboration and information flow.*
6. *Lawmakers should clarify the relationship between exclusion, expulsion, prosecution and extradition, because it is important that Norwegian authorities work on the basis of a common understanding of the system.*
7. *One should consider the establishment of a separate unit within the Directorate of Immigration (UDI) in order to increase expertise in this complicated legal field. One should also consider whether UDI and the Immigration Appeals Board (UNE), according to need, could make use of specialised investigation competences, such as those within Kripos.*
8. *The resources allocated to administrative work on exclusion cases and related questions should be substantially increased.*
9. *Norwegian authorities ought to take international initiatives to harmonise the application of the exclusion clauses and promote better cooperation in solving international crimes. In particular, the authorities should develop closer formalised cooperation with international war crimes tribunals.*
10. *Norwegian authorities should work more actively to establish an international refugee court.*

Forord

Denne rapporten er et resultat av et forskningsoppdrag utlyst av UDI i 2004. Oppdraget ble gitt i fellesskap til lagdommer dr juris Terje Einarsen, statsviter PhD Elin Skaar og dr juris Vigdis Vevstad. I avtalen mellom det daværende Kommunal- og regionaldepartementet (Arbeids- og inkluderingsdepartementet) og forskerne i oktober 2004 heter det om mandatet for oppdraget:

”Formålet med prosjektet er å se nærmere på de bestemmelsene i Flyktningkonvensjonen som gir adgang til å ekskludere eller unnta personer fra flyktningstatus (eksklusions- og opphørsklausulene). I forbindelse med de senere års diskusjoner om undergravingen av tilliten til asylsystemet har det vært økt fokus på eksklusjonsklausulen i Flyktningkonvensjonen artikkel 1F både nasjonalt og internasjonalt.

Dette er et komplisert rettsfelt som krever nærmere utredning om den praktiske anvendelsen av bestemmelsen. Utlendingsforvaltningen ønsker at saksbehandlingen i best mulig grad ivaretar hensynet til forsvarlig juridisk vurdering av denne typen problemer i tillegg til en effektiv saksbehandling.

Det er derfor ønskelig å gjennomgå flere av de sentrale elementene innen eksklusions- og opphørsklausulene for på den måten å få bedre oversikt over dette rettsfeltet. Prosjektet skal munne ut i konkrete anbefalinger til utlendingsforvaltningen når det gjelder den praktiske anvendelsen av bestemmelsene. Anbefalingene skal baseres på en gjennomgang av de materielle rettsregler, samt praksis fra andre land.”

Det var videre enighet mellom departementet og forskerne om å velge ut Canada, Danmark, Nederland og Storbritannia som de aktuelle land å sammenligne norsk praksis med. Som et ledd i dette arbeidet valgte forskerne blant annet å basere den komparative undersøkelsen på “landstudier” innhentet fra kompetente personer i de fire utvalgte land, i form av svar på spørsmål utformet av forskerne. Spørsmålene er inntatt som vedlegg til rapporten her. Vi benytter anledningen til å takke for nyttige bidrag fra Joseph Rikhof og Derrick Deans (Canada); Ulla Iben Jensen (Danmark); Thomas Spijkerboer (Nederland) og Gemma Woods (Storbritannia). Landstudiene er oversendt departementet og skal være tilgjengelige der.

Kjernen i prosjektet er av folkerettslig karakter, i første rekke knyttet til FN-konvensjonen om flyktnings rettsstilling av 1951. Det betyr at en vesentlig del av det relevante kildematerialet og de rettslige problemstillinger har sitt utspring i folkerettslige kilder. Slik vi har forstått mandatet, har oppgaven primært vært å redegjøre for de folkerettslige regler om eksklusjon fra retten til vern som flyktning samt for opphør av status som flyktning, sett i lys av blant annet den komparative undersøkelsen som er nevnt foran. Målsettingen for rapporten er nærmere utdypet nedenfor i del I.

For bistand og kontroll med prosjektet har det vært opprettet en referansegruppe, som har hatt representanter fra UDI, UNE, departement og politi. Vi takker alle for nyttige innspill underveis i prosessen. En særlig takk går likevel til Mi Christiansen, Siw Lexau, Øivind Dybvik Øyen og Anita Vardøy for deres vedvarende interesse og mange gode kommentarer.

Arbeidet med prosjektet er blitt en del forsinket grunnet sykdom. Det har også hatt følger for fordelingen av arbeidet forskerne imellom. Skaar har skrevet del III. Einarsen har skrevet del IV-VI. Forskerne har samarbeidet om de øvrige deler. Forskerne står felles ansvarlig for rapportens utforming, metode, innhold og anbefalinger.

Bergen og Son, mars 2006

Terje Einarsen, Elin Skaar, Vigdis Vevstad

Akronym

1951-konvensjonen	FNs Flyktningekonvensjon av 1951
BK	FNs Barnekonvensjon av 1989
CAT	FNs Torturkonvensjon av 1984
CEAS	Common European Asylum System
CIC	Citizenship and Immigration Canada
CTC	Counter-Terrorism Committee (FN)
EMD	Den europeiske menneskerettsdomstolen
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen
EU	Den europeiske union
FN	Forente Nasjoner
Håndboken	UNHCRs håndbok for tolkning av 1951-konvensjonen
IAG	International Assistance Group (Canada)
IAT	Immigration Appeal Tribunal (Storbritannia)
ICC	Den internasjonale straffedomstolen (Haag)
ICTR	Rwanda-tribunalet
ICTY	Jugoslavia-tribunalet
IGC	Inter-Governmental Consultations on Asylum, Refugee and Migration Policies in Europe, North-America and Australia
ILC Code	Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind
IND	Immigration and Nationality Directorate of the UK Home Office
IOG	Interdepartmental Operations Group (Canada)
IRB	Immigration and Refugee Board (Canada)
IRPA	Immigration and Refugee Protection Act (Canada)
IAA	Immigration Appellate Authority (Storbritannia)
Kripos	Kriminalpolitisen (Norge)
OSCE	Organisation for Security and Co-operation in Europe
PST	Politiets sikkerhetstjeneste (Norge)
Qualification Directive	Council Directive 2004/83/EC
RCMP	Canadas ridende politi
RPD	The Refugee Protection Division (Canada)
SIAC	Special Immigration Appeals Commission (Storbritannia)
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter fra 1966
SSHD	Secretary of State for the Home Department (Storbritannia)
TP	Temporary Protection
UDI	Utlendingsdirektoratet (Norge)
UNE	Utlendingsnemnda (Norge)
UNGA	FNs Generalforsamling
UNHCR	FNs Høykommissær for flyktninger
UNRWA	United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees

I Innledning

Retten til å søke asyl, og de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende i skjæringspunktet mellom asylsøkernes rettigheter og mottakerlands behov for kontrollert innvandring, har gjennom årene aktualisert en rekke forskjellige spørsmål og avveininger av rettslig, moralsk og politisk karakter. Sentrale rettsspørsmål har vært og er knyttet opp mot vilkårene for anerkjennelse som flyktning, slik dette begrepet er definert i folkeretten og i nasjonal rett. Det dreier seg også om beslektede spørsmål om krav på beskyttelse mot brudd på menneskerettighetene i søkernes hjemland. Andre viktige spørsmål omhandler hvilket land som er ansvarlig for å behandle en asylsøknad.

I Norge, for øvrig i likhet med flere andre land, har spørsmålet om å utelukke bestemte utlendinger fra retten til vern som flyktning på grunnlag av mulig involvering i straffbare handlinger utenfor riket, ikke vært ofret så stor oppmerksomhet fra myndighetenes side. Oppmerksomheten har i hvert fall ikke vært systematisk over tid. Mye har dermed vært overlatt til forvaltningen og de kjeder av saksbehandlere og overordnede som mer eller mindre tilfeldig har fått slike problemstillinger i fanget. Heller ikke spørsmål om opphør av flyktningestatus på grunn av etterfølgende handlinger eller hendelser etter at oppholdstillatelse er innvilget har vært spesielt viktige i praksis. En person som anses å oppfylle vilkårene for beskyttelse i Norge, har således fått innvilget midlertidig opphold i landet med gode utsikter til varig bosetting uten nærgående oppfølging fra utlendingsmyndighetenes side, med mindre det viser seg at vedkommende har gitt feilaktige opplysninger til norske myndigheter om grunnlaget for beskyttelsesbehovet eller at vedkommende begår en straffbar handling i Norge. En grunn til at søkelyset i liten grad har vært rettet mot eksklusjonsspørsmål, er nok at denne type saker er ressurskrevende. Konsekvensen av det relativt beskjedne omfanget av eksklusjonssaker er at norsk praksis ikke er fasttømret. Verken lovgiver, departement eller domstoler har i særlig grad bidratt til avklaring av prinsipielle spørsmål på området. Dette er også en del av bakteppet for oppdraget her.

I de senere år, spesielt etter angrepene mot mål i USA 11. september 2001 ("9/11") og etterfølgende terrorangrep ellers i Vesten, har det blitt større fokus på bekjempelse av internasjonal terrorisme. Da berøres også utlendingsretten og vernet for flyktninger, illustrert blant annet ved at FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR)¹ har tatt aktiv del i drøftelsene på forskjellige nivåer sammen med sentrale stater som er forpliktet av FNs Flyktningekonvensjon av 1951 (heretter 1951-konvensjonen).² Samtidig har fremveksten av mer demokratiske styresett i en del land og etableringen av nye internasjonale straffedomstoler ledet til sterkere krav om strafferettslig forfølgning av grove brudd på menneskerettighetene og humanitære grunnregler. I en viss forstand er det tale om en "snøballeffekt" som får virkning på asylrettens område: Når noen mottakerland øker fokuset på mulige krigsforbrytere eller terrorister blant asylsøkerne, må andre land følge etter for at ikke de aktuelle personer skal få inntrykk av at noen land er "fristeder".

Det er også mulig at det reelt sett er flere asylsøkere nå enn tidligere som har vært involvert i alvorlige, internasjonalt straffbare handlinger, selv om den prosentvise andelen dette gjelder sannsynligvis fortsatt er liten. Når det gjelder potensielle terrorister, altså personer som hittil ikke har vært direkte involvert i terrorhandling eller konkret planlegging av terror, er det naturligvis enda vanskeligere å si noe fornuftig om i hvilken grad slike personer har klart å benytte seg av asylinstituttet til å få innpass for det formål å kunne bidra til terrorhandling i fremtiden. Basert på det vi så langt vet, er det imidlertid grunn til å tro at

¹ *Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*. Organisasjonen er opprettet i medhold av statutter vedtatt av FNs Generalforsamling i 1950 (jf nedenfor note 3), med kompetanse til å sørge for at flyktninger får den nødvendige assistanse og beskyttelse.

² *United Nations Convention relating to the Status of Refugees* (1951).

våre dagers internasjonale terrorister i liten utstrekning har tatt sjansen på å ankomme forkledd som flyktninger, antakelig fordi asylprosessen i de fleste vestlige land er en usikker billett til legalt opphold, som er innrettet mot å avdekke falske identiteter og andre uriktige opplysninger om asylsøkernes bakgrunn. Det er grunn til å minne om at så vidt en vet er det ikke (tidligere) asylsøkere blant de mistenkte for delaktighet i de senere års terroranslag mot New York, London og Madrid. Myndighetene bør likevel anvende et føre-var prinsipp i denne sammenheng, og derfor har det også interesse å se på hvorledes mistanke om *potensiell* terrorvirksomhet kan håndteres på utlendingsfeltet i samsvar med internasjonal rett. For norsk retts vedkommende kan det være grunn til å se nærmere på utviklingen av lovgivning og praksis i andre vestlige land som i likhet med Norge mottar asylsøkere og har engasjert seg aktivt i kampen mot terrorisme.

Målsettingen om å bekjempe terrorisme har både en nasjonal og en internasjonal dimensjon; å forhindre fremtidige terrorhandlinger på eget territorium, og å bidra til å motvirke slike handlinger også andre steder i verden, blant annet gjennom innsamling og utveksling av informasjon om mistenkelige personer som måtte befinne seg i landet. Faktum er at både vern for flyktninger og terrorbekjempelse reiser spørsmål av internasjonal rettslig karakter. Dette perspektivet vil være gjennomgående for behandlingen av emnet her.

I sum har de senere års utvikling ført til et behov for helhetlig tenkning og samordnet praksis internasjonalt og et ønske om klarere retningslinjer for behandlingen av de aktuelle saker i nasjonal rett.

Det konkrete oppdraget her, slik vi har forstått mandatet (se rapportens forord), har vært å redegjøre for folkerettslige regler om eksklusjon fra vern som flyktning eller annen beskyttelse samt opphør av flyktningstatus, sett i lys av blant annet en komparativ undersøkelse av rettsstillingen i noen utvalgte land, og drøfte hvordan disse reglene skal, kan og/eller bør gjennomføres i Norge.

Emnet reiser blant annet spørsmål om forholdet mellom folkerett og nasjonal rett når staten er bundet av internasjonale rammer koblet med fravær av autorativ internasjonal rettshåndhevelse, slik stillingen er på flyktningerrettens område. I denne rapporten har vi valgt å legge til side de rettsteoretiske sider av dette fenomenet. Vårt utgangspunkt er at folkerettslige regler som er vedtatt som folkerettslig forpliktende skal og bør respekteres så langt de rekker etter sitt innhold, det vil si slik de blir å fortolke på basis av folkerettslig relevante kilder og metode. Videre vil det etter vårt syn være grunn til å ta i betraktning ikke-rettslig bindende henstillinger og anbefalinger fra internasjonale organer – såkalt “soft law” – når norsk lov og praksis skal utformes innenfor de folkerettslige rammer. Det er spesielt grunn til å legge vekt på UNHCR sine vurderinger og anbefalinger, både på grunn av dette organets faglige ekspertise og fordi UNHCR har mandat fra FN som veileder i internasjonale rettsspørsmål om beskyttelse av flyktninger, jf UNHCR-statuttene punkt 8 bokstav a.³ Etter 1951-konvensjonen artikkel 35 er UNHCR dessuten gitt mandat fra konvensjonens medlemsstater som veileder i spørsmål som gjelder anvendelse og gjennomføring av konvensjonens bestemmelser.

Fraværet av rettshåndhevelse i form av en internasjonal flyktningedomstol innebærer et større faktisk spillerom for motstridende eller inkonsistente praksisdannelser på nasjonalt nivå. I slike tilfeller er det etter vårt skjønn sentralt at sprikende nasjonal praksis ikke i seg selv kan oppfattes slik at enhver praksis da vil være forenlig med folkeretten. Når en undersøker praksis i forskjellige land, og eventuelt blir inspirert av en bestemt praksis i et bestemt land, bør en samtidig forsikre seg om at vedkommende praksis også er i samsvar med folkeretten. Ikke minst på flyktningerrettens område må en erkjenne at det ikke alltid er det ønskede samsvar mellom teori og praksis. Komparative undersøkelser bør, slik vi ser det, derfor utnyttes med en viss forsiktighet.

Begrepene *eksklusjon* og *opphør* står sentralt i denne rapporten. Det rettslige utgangspunktet er begrepsinnholdet slik det fremgår av 1951-konvensjonen. Tentativt kan det sies at “eksklusjon” peker mot utelukkelse på grunn av kriminelle handlinger eller andre

³ *Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees* (1950).

særlige omstendigheter som allerede i utgangspunktet begrunner unntak fra retten til vern som flyktning, mens “opphør” peker mot senere inntrufne situasjoner som gjør at beskyttelsesbehovet ikke lenger er det samme som da status som flyktning ble ervervet. I forhold til en person som har vært involvert i terrorhandlinger, vil det være spørsmål om vedkommendes handlinger faller inn under en av eksklusjonsbestemmelsene i 1951-konvensjonen artikkel 1 F. Hvis en anerkjent flyktning eventuelt skulle vise seg å utgjøre en fare for nasjonal sikkerhet i tilfluktsstaten, uten at det er alvorlig mistanke om at vedkommende allerede har begått alvorlig straffbare handlinger, er spørsmålet om det likevel er adgang til å utvise vedkommende. Hvorledes saker om terrorisme skal håndteres i et utlendingsrettslig perspektiv, er derfor også et gjennomgående tema i deler av rapporten.

I denne materien er det etter vårt syn grunn til å erkjenne at det gjør seg gjeldende noen vanskelige rettspolitiske dilemma: Hvordan kan en oppnå at internasjonale storforbrytere på den ene side blir utelukket fra vern som flyktning, på den annen side blir straffet som fortjent, og videre at mistenkte personers rettssikkerhet ivaretas både i asylprosessen og ved straffeforfølgning i Norge eller annet sted etter eventuell utlevering? Hvordan skal en sikre innbyrdes rettferdighet i norske myndigheters handlinger? Faren er at de største forbryterne slipper billigst og eventuelt får opphold med straffrihet på grunn av vanskelig bevisførsel og rettslige skranker, mens mindre forbrytere blir returnert til hjemlandet og kanskje blir utsatt for behandling i strid menneskerettighetene, selv om myndighetene har vurdert risikoen for dette som liten.⁴

Målsettingen for rapporten er å peke på antatt interessante problemstillinger og rettslige utgangspunkter og forbindelseslinjer innenfor det emnet som er skissert, gi anbefalinger om praktisk løsning av utvalgte tolkningsspørsmål, samt gi enkelte anbefalinger om institusjonelle og prosessuelle spørsmål. Hovedvekt er lagt på eksklusjonsspørsmål, som typisk også vil være de mest ressurskrevende saker for utlendingsforvaltningen, politiet og eventuelt også for domstolene.

Den videre fremstilling er disponert slik at del II gir en oversikt over internasjonale rettslige rammer og aktuelle utviklingstrekk.

I del III følger en komparativ fremstilling av fungerende rett i noen utvalgte land. Ved siden av Norge dreier det seg om Danmark, Nederland og Canada, som er eksempler på land som har kommet relativt langt i sin iversetning av systematiske tiltak for å identifisere mulige krigsforbrytere blant asylsøkere og flyktninger. Storbritannia er også tatt med, blant annet fordi dette landet har hatt et skarpt fokus på utvikling av anti-terrorlovgivning.

Gitt de begrensninger som ligger i grunnlagsmaterialet og tidsrammen for oppdraget, er formålet med del III først og fremst å gi en oversikt over sentrale og aktuelle problemstillinger som gjelder eksklusjon og opphør av flyktningestatus. Selv om det ikke er tale om en grundig vitenskapelig analyse, mener vi at de komparative undersøkelsene likevel har vært nyttige som støtte for så vel rapportens temavalg som anbefalte løsninger. Fremstillingsmessig har vi valgt en samlet presentasjon av landundersøkelsen for at hovedtrekk i de utvalgte land skal finnes tilgjengelig på en enkel måte for leseren. Vi gjør oppmerksom på at noen av de sentrale begrepene i del III først er nærmere drøftet i den etterfølgende folkerettslige fremstilling av emnet (del IV-VI). En leser som primært interesserer seg for folkeretten, bør kanskje derfor velge å lese del IV-VI først.

Også innenfor de presiseringer av emnet som er foretatt foran har det vært nødvendig å foreta prioriteringer av stoffet. Fremstillingen er for eksempel klart fyldigere i del IV om eksklusjon enn i del V om opphør. Hovedinteressen i denne studien er knyttet til eksklusjon

⁴ Vilvarajah-saken fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) gir en god illustrasjon av at en person faktisk kan bli utsatt for tortur etter fengsling ved retur til hjemlandet selv om risikoen er vurdert og funnet for liten av utlendingsmyndighetene, jf *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom* (Judgment of 30.10.1991, Series A Vol 215). EMD fant likevel at utsendelsen ikke var i strid med Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), fordi domstolen mente at britiske myndigheters vurdering av risikoen i forkant av utsendelsen var forsvarlig i den forstand at det ut fra opplysningene på avgjørelsestidspunktet ikke var grunn til å tro at det var reell risiko for at behandling i strid med EMK artikkel 3 ved retur av søkerne til Sri Lanka.

etter artikkel 1 F. Slik oppdraget er gitt, har vi valgt å behandle eksklusjon etter artikkel 1 D-E helt kortfattet (del IV, 2). I del VI er enkelte prosessuelle og institusjonelle spørsmål behandlet, med vekt på eksklusjonsprosedyren. Rapportens konklusjoner og anbefalinger fremkommer dels underveis i fremstillingen av de materielle rettsreglene i del IV-VI, mens hovedtrekkene er samlet og søkt tydeliggjort i del VII.

II Internasjonale rettslige rammer og utviklingstrekk

1 Flyktningekonvensjonen og menneskerettighetene

I Verdenserklæringen om menneskerettigheter av 1948 er det proklamert at enhver person har rett til å søke asyl og nyte vern mot forfølgelse (artikkel 14).⁵ 1951-konvensjonen (og den supplerende protokollen av 1967) har presisert denne rettigheten nærmere og er folkerettslig bindende for medlemsstatene. Per 1. februar 2006 hadde 143 stater ratifisert konvensjonen. Norge er i likhet med de fleste andre land i verden forpliktet av konvensjonen. I sin kjerne innebærer denne at en asylsøker som ankommer et medlemsland, enten det er et naboland eller et annet land, ikke kan nektes beskyttelse før det eventuelt er brakt på det rene at vedkommende ikke tilfredsstiller vilkårene for vern etter konvensjonen. Dette følger av formålet med konvensjonen og sammenhengen i regelverket, og er mest pregnant uttrykt gjennom grunnregelen om *non-refoulement* i artikkel 33 punkt 1:

“No Contracting State shall expell or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.”

Retten til vern som flyktning gjelder generelt såfremt en person oppfyller kriteriene for flyktningestatus i henhold til 1951-konvensjonen artikkel 1. Det er derfor et viktig poeng at det ikke er den statlige beslutningen i en asylsak som i folkerettslig forstand gjør en person til flyktning. Konsekvensen av dette internasjonale systemet er at statens myndigheter i utgangspunktet må behandle en søker som om han eller hun er eller kan være flyktning og dermed gi personen adgang til asylprosedyre, med mindre det fra første stund er åpenbart eller senere blir klarlagt at vedkommende ikke oppfyller kriteriene. Hvis staten ikke vil ta imot alle som søker asyl, må staten etablere betryggende asylprosedyrer for å skille mellom flyktninger og andre. Dette forhindrer ikke at det i visse tilfeller kan være rettslig akseptabelt å returnere en asylsøker til et trygt tredje land uten realitetsbehandling av søknaden, slik at spørsmålet om flyktningestatus istedenfor blir forsvarlig vurdert der.⁶ Den faglige diskusjonen om kriteriene for slik overføring av ansvar for asylsøkere stater i mellom er imidlertid ikke et tema for studien her. Forutsetningen i det følgende er at det dreier seg om asylsøkere som er ankommet Norge eller som er underkastet norsk jurisdiksjon, og at asylsøknaden enten er til realitetsbehandling i norsk forvaltning eller allerede har vært avgjort der.

⁵ *Universal Declaration on Human Rights* (1948). Retten til å søke asyl er også ansett for å være et alminnelig folkerettslig sedvanerettsprinsipp.

⁶ Jf Dublin-samarbeidet hvor Norge i flere år har samarbeidet med Island og alle EUs medlemsstater, med unntak av Danmark. Avtale med Danmark er nå inngått, muligens med ikrafttredelse 1. april d.å. Også Sveits har inngått en tilsvarende avtale for etter hvert å komme med i Dublin-samarbeidet. Ikrafttredelse ventes ikke før i 2008. Etter nærmere angitte kriterier er kun ett samarbeidsland ansvarlig for behandling av asylsøknaden, med mindre asylsøkeren overføres til et tredje land utenfor samarbeidet. For en teoretisk analyse av problematikken, se Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Cicero Publisher, 2000, s. 624-637; Vigdis Vevstad, *Refugee Protection: A European Challenge*, Tano Aschehoug, 1998, s. 224-284; Ulrike Brandl, “Distribution of Asylum Seekers in Europe? Dublin II Regulations Determining the Responsibilities for Examining an Asylum Application”, i Constanca Dias Urbano de Sousa og Philippe de Bruycker (red). *The Emergence of a European Asylum Policy*. Bruxelles: Bruylant, 2004, s. 33-69.

Den alminnelige definisjonen av “flyktning” er fastlagt i 1951-konvensjonen artikkel 1 A (2). I likhet med bestemmelsene om eksklusjon og opphør i artikkel 1 C-F gjelder den prinsipielt med samme folkerettslige innhold for alle medlemsstater, selv om den i praksis på nasjonalt plan er blitt tolket og anvendt nokså forskjellig. En dekkende oversettelse av definisjonen lyder slik:

“For denne konvensjonens formål er en flyktning enhver person som (...) av velgrunnet frykt for forfølgelse på grunnlag av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en bestemt sosial gruppe eller politisk oppfatning, befinner seg utenfor sitt hjemland og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt uvillig til, å gjøre seg nytte av hjemlandets beskyttelse.”

De mange tolknings- og rettsanvendelsesspørsmål som denne definisjonen reiser, ligger utenfor emnet for denne studien. Det skal imidlertid bemerkes at praktiseringen av definisjonen innvirker på behovet for å anvende reglene om eksklusjon og opphør. Jo flere som i utgangspunktet anses for å falle inn under flyktningsdefinisjonen, jo oftere vil særlig spørsmålet om eksklusjon bli satt på spissen som et rettsspørsmål i asylprosessen. Det er ikke tilfeldig at myndighetene i Canada, hvor definisjonen er tolket relativt vidt sammenliknet med praksis i mange europeiske land, lenge har hatt et systematisk fokus på eksklusjonsproblematikken.

Utenfor rammen av 1951-konvensjonen har det internasjonalt skjedd en ytterligere asylrettslig utvikling, ved at forbud mot *refoulement* er kommet til uttrykk eller må innfortolkes i flere andre menneskerettskonvensjoner. Dette gjelder FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)⁷ artikkel 7, FNs Torturkonvensjon (CAT)⁸ artikkel 3 og FNs Barnekonvensjon (BK)⁹ artikkel 37 bokstav a. På regionalt plan gjelder det blant andre Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)¹⁰ artikkel 3. Det kan for øvrig være spørsmål om ikke også enkelte andre bestemmelser i de nevnte konvensjoner kan ha en tilsvarende rettsvirkning. Hovedpoenget her er at slike bestemmelser må tas i betraktning når eksklusjons- og opphørsreglene i 1951-konvensjonen skal praktiseres i norsk rett, jf nærmere nedenfor (del IV, 8).

I de følgende avsnitt behandles øvrige internasjonale rammer og utviklingstrekk som direkte eller indirekte har betydning også for norsk rettsutvikling innenfor studiens emneområde. Slike omfatter internasjonale organisasjoner som UNHCR og EU (del II, 2), internasjonale straffedomstoler (del II, 3) og nyere internasjonalt samarbeid for å motvirke terrorisme (del II, 4).

2 Internasjonale organisasjoner

2.1 FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR)

Bakgrunnen for opprettelsen av UNHCR fra 1. januar 1951¹¹ og vedtakelsen av 1951-konvensjonen, var å sikre adekvat flyktningsbeskyttelse. Det eksisterer ikke noe internasjonalt overprøvingsorgan som kan avgjøre individklager over statenes manglende overholdelse av forpliktelser etter 1951-konvensjonen, selv om saker teoretisk sett kan bringes inn for Den internasjonale domstolen i Haag. Denne muligheten har ingen praktisk funksjon ettersom det kun er stater som kan bringe saker inn for Haag-domstolen. Derfor blir

⁷ *International Covenant on Civil and Political Rights* (1966).

⁸ *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (1984).

⁹ *Convention on the Rights of the Child* (1989).

¹⁰ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1950).

¹¹ www.unhcr.ch

UNHCRs rolle desto viktigere. Organisasjonen er da også gitt i oppgave å overvåke anvendelsen av 1951-konvensjonens bestemmelser, og statene er forpliktet til å samarbeide med UNHCR.¹²

Dette tilsier at UNHCRs uttalelser i tolkning av flyktningerettslige problemstillinger må gis stor oppmerksomhet. Det er i medlemsstatenes interesse at rettsutviklingen på feltet er så ensartet som mulig. UNHCRs håndbok for tolkning av 1951-konvensjonen (heretter referert til som “Håndboken”)¹³ ble utarbeidet etter oppfordring fra UNHCRs Eksekutivkomité, hvilket styrker dens stilling som rettskilde.¹⁴ Det samme gjelder også UNHCRs øvrige utarbeidede retningslinjer, selv om UNHCRs “rettsskapende virksomhet” i utgangspunktet ikke er juridisk bindende. Norsk tradisjon bygger likevel på at både Håndboken og UNHCRs prinsipielle uttalelser for øvrig gir relevant veiledning om fortolkning av konvensjonen.¹⁵ Dette er viktige rettskildemessige signaler å ta med i vurderingen av UNHCRs “soft law”-instrumenter.

Hva angår både opphør og eksklusjon, understreker Håndboken at de bør tolkes restriktivt.¹⁶ I tillegg til Håndboken vil den videre fremstilling vise til UNHCRs “Guidelines on International Protection: Cessation of Refugee Status under Article 1 C (5) and (6) of the 1951 Convention relating to the status of Refugees (the “Ceased Circumstances” Clauses)”¹⁷ og “Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1 F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees”.¹⁸ Blant “forarbeidene” til disse retningslinjene må nevnes det betydelige arbeid i forbindelse med UNHCRs Global Consultations som fant sted i tidsrommet 2000-2002. Både opphør og eksklusjon var da viktige temaer på den internasjonale dagsorden.¹⁹

Det er en kjensgjerning at bestemmelsene i artikkel 1 F inntil relativt nylig sjelden ble benyttet. UNHCR utviklet sine første retningslinjer om eksklusjonsklausulene i 1996²⁰ - dvs. etter at 1994 Great Lakes krigen hadde vist at det å ikke bruke eksklusjonsklausulene kunne resultere i en utbredt oppfatning om at det ble gitt internasjonal beskyttelse til personer som hadde begått folkemord. Det ble derfor prekært å rette fokus mot anvendelse av 1951-konvensjonens eksklusjonsregler. Terrorhandlinger i dette nye århundret (kanskje særlig etter at USA, Storbritannia og Spania ble rammet), andre forbrytelser i strid med FN-pakten og opprettelsen av den internasjonale straffedomstol (se nærmere under del II, 3) har videre aksentuert betydningen av å anvende artikkel 1 F. Både anvendelse av opphørsklausulene og eksklusjonsklausulene er ressurskrevende. Likevel er det tankevekkende når man leser i norske aviser om krigsforbrytere fra Balkan, Afrika og Kaukasus som skal befinne seg i Norge eller som har vært her og som politiet ikke har behandlet og ikke har noen oversikt over.²¹ Slike påstander gir en svært uheldig signaleffekt og kan bidra til å svekke asylinstituttet.

2.2 EU

Under toppmøtet i Tammerfors i oktober 1999 vedtok EUs statsoverhoder en handlingsplan til gjennomføring av Amsterdam-traktatens bestemmelser under området frihet, sikkerhet og

¹² Jf Statuttene artikkel 8 og 1951-konvensjonens artikkel 35.

¹³ *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, UNHCR, Genève 1979.

¹⁴ NOU 2004:20 *Ny Utlendingslov*, s. 102.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Se pkt. 116 og pkt. 149.

¹⁷ HCR/GIP/03/03 av 10. februar 2003.

¹⁸ HCR/GIP/03/05 av 4. september 2003.

¹⁹ Se nærmere i “Refugee Protection in International Law”, UNHCRs Global Consultations on International Protection, Ed. Erika Feller et al, UNHCR, Cambridge University Press, 2003.

²⁰ “The Exclusion Clauses: Guidelines on their Application”, UNHCR, Genève, desember 1996.

²¹ VG, 29. mars 2005 s. 21, *Aftenposten* 30. mars 2005 s. 2.

rettferdighet. Målsettingen var blant annet å ferdigstille første fase i etableringen av et felles europeisk asylsystem ("Common European Asylum System" eller CEAS). Statusdirektivet som bestemmer hvem som er å anse som flyktning i henhold til 1951-konvensjonen og hvem som skal gis "subsidiær beskyttelse"²² er en sentral byggestein i CEAS.²³

Statusdirektivet har tatt inn både opphørs- og eksklusjonsklausulene fra 1951-konvensjonen. Opphørsklausulen i artikkel 11 gjelder konvensjonsflyktninger mens artikkel 16 inneholder en tilsvarende bestemmelse med hensyn til personer som har oppnådd "subsidiær beskyttelse". Hovedregelen er at i begge tilfeller kan beskyttelsen opphøre dersom forholdene i hjemlandet for den person det gjelder har endret seg slik at beskyttelse ikke lenger er nødvendig. Eksklusjonsklausulene er inntatt i artikkel 12 hva angår konvensjonsflyktninger og artikkel 17 hva angår personer med "subsidiær beskyttelse". Direktivet tar med andre ord skrittet fullt ut ved å skape fellesskapsregler om beskyttelse for personer som faller utenfor 1951-konvensjonen. EU tar derfor logisk nok også skrittet fullt ut og gir opphørs- og eksklusjons bestemmelser for personer med "subsidiær beskyttelse".

For øvrig er det å merke seg at artikkel 12 ikke bare inkorporerer 1951-konvensjonens eksklusjonsbestemmelser; den inneholder også tilføyelser. Artikkel 1 F (a) er uforandret i direktivteksten. Innholdet i konvensjonens Artikkel 1 F (b) derimot, har fått en tilføyelse i EU direktivets artikkel 12 (2) 2 (b). Bestemmelsen omfatter personer som har "committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his or her admission as a refugee (...)". I den nye tilføyelsen står det: "(...) which means the time issuing a residence permit based on the granting of refugee status; particularly cruel actions, even if committed with an allegedly political objective, may be classified as serious non-political crimes." Denne tilføyelsen gir EUs medlemsstater utvidet juridisk grunnlag for å ekskludere.

Statusdirektivet definerer dessuten 1951-konvensjonens artikkel 1 F (c) om handlinger i strid med FNs formål og prinsipper ved å henvise eksplisitt i direktivteksten til FN paktens forale og artiklene 1 og 2.²⁴ Videre er det tatt inn en henvisning i direktivets forale (punkt 22) til FNs resolusjoner om terrorbekjempelse som anerkjenner at handlinger i strid med FNs formål og prinsipper blant annet gjelder terrorhandling (jf nedenfor del II, 4). I fortalens punkt 28 står det at begrepet nasjonal sikkerhet og *ordre public* innbefatter saker hvor en person har medlemskap i en organisasjon som støtter internasjonal terrorisme eller som støtter en slik organisasjon. Disse bestemmelsene i fortalen gjør ingen sonndring i alvorlighetsgrad av de terrorhandling det måtte være snakk om. Direktivets artikkel 17 om eksklusjon av personer med subsidiær beskyttelse går også lenger enn 1951-konvensjonen. Personer med denne status kan, i tillegg til de samme kriterier som for konvensjonsflyktninger, også ekskluderes på bakgrunn av alvorlig kriminalitet (uten tids- eller stedsangivelse) eller hvis de anses å utgjøre en fare for eksillandet.

EU-direktivet går lenger i å gi rom for eksklusjon enn det 1951-konvensjonen gjør. Det må også bemerkes at UNHCR stiller seg kritisk til omfanget av direktivets eksklusjonsbestemmelser.

EUs prosedyredirektiv, vedtatt i desember 2005,²⁵ tillater at stater anvender hurtigprosedyrer i asylsaker hvis en søker "clearly does not qualify" som flyktning etter statusdirektivet.²⁶ Det samme gjelder dersom en person anses å medføre en fare for medlemslandets nasjonale sikkerhet eller vedkommende søker har blitt utvist av hensyn til

²² Artikkel 15 viser til dødsstraff, tortur eller annen nedverdiggende eller umenneskelig behandling og krig som årsaker til at det kan forventes "serious harm" mot en person dersom han eller hun blir returnert til hjemlandet og som derfor gjør internasjonal beskyttelse nødvendig.

²³ Council Directive on minimum standards for the qualification of third country nationals and stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted ("Qualification Directive"), av 29. april 2004, JO L 304 av 30. september 2004.

²⁴ Artikkel 12, pkt. 2 (c).

²⁵ EU Council on Minimum Procedures, Dok. 8771/04 Asile 33 av 30. april 2004.

²⁶ Prosedyredirektivet artikkel 23, pkt. 4 (b).

rikets sikkerhet eller *ordre public* i henhold til nasjonal lov.²⁷ Slik prosedyredirektivet er formulert, betyr dette blant annet at asylsøkere som er mistenkt for terrorisme vil kunne bli henvist til hurtigprosedyre og saken kan da bli ansett for å være “manifestly unfounded”.²⁸ Dette kan neppe være i tråd med aksepterte folkerettslige standarder for riktig saksbehandling.²⁹

I statusdirektivets artikkel 14 (5) er det hjemmel for å nekte å gi flyktningestatus til personer som dekkes av 1951-konvensjonens artikkel 33 (2). UNHCR har imøtegått lovmessigheten av å gjøre 1951-konvensjonens artikkel 33(2) om til et fjerde eksklusjonskriterium og anser artikkel 1 F for uttømmende (se nærmere under del IV, 5).³⁰

2.3 Europarådet

Europarådet jobber også aktivt med problemstillinger som er relevant for rapportens tema, men vi konstaterer at det gjøres marginal bruk av Europarådets rettsskapende virksomhet i praksis på dette området. En sannsynlig forklaring vil være at EU ser ut til å ha overtatt hegemoniet i Europa. Nylig vedtok Europarådets Ministerkomité en anbefaling i relasjon til 1951-konvensjonens eksklusjonsbestemmelser i artikkel 1 F.³¹

3 Internasjonale straffedomstoler

3.1 Straffeforfølgingsansvar

Straffeforfølgning har, historisk sett, vært nasjonalstaten sin oppgave. Med unntak av oppgjørene etter 2. verdenskrig, er det først de siste ti årene at det internasjonale samfunn har påtatt seg ansvar for å straffeforfølge enkeltpersoner for særlig grove forbrytelser, som tortur, folkemord og etnisk rensning.

Det har skjedd mye på dette feltet, både innenfor utvikling av internasjonal strafferett og innen rettspraksis. Der nasjonalstater tidligere ofte hadde jurisdiksjon kun over sine egne borgere som hadde begått forbrytelser enten i eget land eller i utlandet, og over utlendinger som begikk straffbare handlinger på statens territorium, har et økende antall land de siste årene utvidet sin jurisdiksjon til å gjelde straffeforfølgning av mistenkte forbrytere fra andre land – uavhengig av hvor forbrytelsen er begått eller hvilken nasjonalitet offeret har.

Dette har reist viktige prinsipielle spørsmål ikke bare om hvem som kan, men også om hvem som bør straffeforfølge personer som er mistenkt for grove forbrytelser. Vi nevner dette her, for det setter samtidig vårt emne i et større perspektiv: Bør straffeforfølgning være et nasjonalt eller internasjonalt ansvar? Dette er et generelt rettspolitisk og folkerettslig spørsmål, men det berører også de situasjoner hvor en flyktning søker asyl i et annet land og der blir mistenkt for grove forbrytelser i hjemlandet eller eventuelt i et tredje land. Kan eller skal tilfluktsstaten ekskludere fra flyktningestatus og straffeforfølge selv i et slikt tilfelle, eller bør myndighetene primært sende vedkommende tilbake til hjemlandet eller eventuelt utlevere ham til et tredje land? Hvis dette ikke er ønskelig eller mulig på grunn av at frykt for forfølgelse i hjemlandet: Kan man istedenfor utlevere personen til en internasjonal straffedomstol? Noen av disse problemstillingene vil vi vende tilbake til i den videre fremstilling her.

²⁷ Prosedyredirektivet artikkel 23, pkt 4 (m).

²⁸ Prosedyredirektivet artikkel 29 (2).

²⁹ Ben Saul, “Exclusion of Suspected Terrorists from Asylum: Trends in International and European Refugee Law”, Magdalen College, University of Oxford, Discussion paper, No. 26/July 2004, s. 4-5.

³⁰ Om UNHCRs detaljerte syn på innholdet i Statusdirektivets bestemmelser, se “UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004”, januar 2005.

³¹ Council of Europe, Committee of Ministers, Rec. (2005)6 av 23. mars 2005.

3.2 Etablering av internasjonale straffedomstoler

Etter opprettelsen av Nürnberg- og Tokyo-tribunalene i 1945 for å straffeforfølge krigsforbrytere fra Tyskland og Japan etter 2. verdenskrig, skulle det gå nesten 50 år før det internasjonale samfunnet igjen tok på seg ansvar for å straffe personer skyldige i grove brudd på menneskerettighetene.

De to mest omtalte internasjonale straffedomstolene ble opprettet av FN for det tidligere Jugoslavia (i Haag) i 1993 og for Rwanda (i Arusha, Tanzania) etter folkemordet i 1994. Begge disse tribunalene jobber fortsatt med rettssaker. Rwanda-tribunalet (ICTR) tar seg av kun “the big fish” (de som planla og administrerte folkemordene), mens straffeforfølging av “the small fry” (fotsoldatene som utførte massakrene) er overlatt til nasjonale domstoler i Rwanda. Jugoslavia-tribunalet (ICTY) derimot har i utgangspunktet kompetanse til å straffeforfølge alle involverte i forbrytelsene.³²

Erfaringene fra disse to internasjonale *ad hoc* domstolene er ført videre ved opprettelse av en håndfull andre straffedomstoler i FN-regi, i henholdsvis Sierra Leone (2002), Cambodia (2003) og Øst-Timor (forhandlinger mellom FN og timoresiske myndigheter pågår visstnok fortsatt).³³ De sist nevnte domstolene er ofte omtalte som “mixed tribunals”, fordi de er sammensatt både av nasjonale og internasjonale (FN-utnevnte) dommere. I motsetning til Jugoslavia- og Rwanda-domstolen, befinner disse tribunalene seg i de landene hvor forbrytelsene har funnet sted.³⁴

3.3 Den internasjonale straffedomstolen (ICC) i Haag

Ideen om en permanent internasjonal straffedomstol har vært diskutert siden slutten av 2. verdenskrig. I perioden 1945-1993 var det en rekke konflikter (diktaturer, borgerkriger, folkemord) i ulike deler av verden som nok burde ha påkalt internasjonal oppmerksomhet og handling. Den spente politiske situasjonen under den kalde krigen gjorde det imidlertid politisk umulig for medlemmene av FNs Sikkerhetsråd å enes om å opprette en slik domstol.

Først i 1998 ble statuttene for den faste internasjonale straffedomstolen (*International Criminal Court*) vedtatt.³⁵ Den internasjonale straffedomstolen (ICC) har sete i Haag og har vært operativ siden 1. juli 2002, etter at de nødvendige 60 medlemsstater hadde ratifisert ICC-statuttene i april samme år.

ICCs jurisdiksjon omfatter “the most serious crimes of concern to the international community as a whole” og er komplementær til nasjonal jurisdiksjon (artikkel 1). Forbrytelsene omfatter folkemord, forbrytelser mot menneskeheten, krigsforbrytelser og straffbare brudd på forbudet mot angrepskrig (artikkel 5, videre spesifisert i artikkel 6-8), som er begått etter at ICC-statuttene trådte i kraft og etter at staten har ratifisert statuttene (artikkel 11). Saker kan fremmes for ICC sitt aktorat av en stat, av FNs Sikkerhetsråd eller ved at ICC aktoratet selv tar initiativ til å reise sak (artikkel 13). ICC har ikke mandat til å straffeforfølge dersom en annen stat allerede har tatt på seg denne oppgaven eller hvis den er villig og har

³² For en analyse av rettspraksis ved Jugoslavia- og Rwanda-tribunalet, se Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2001.

³³ Det er litt uklart hvilken status forhandlingene har ettersom både President Gusmao og utenriksminister José Ramos Horta har gitt uttrykk for at det er problematisk for Øst-Timor å insistere på opprettelsen av et straffetribunal så lenge forholdet til Indonesia er så komplisert som det er. Uttalelsene kom i forbindelse med publiseringen av sanningskommisjonens sluttrapport som ble offentliggjort i januar 2006 (*Washington Post*, 21.01. 2006).

³⁴ For en oversikt over ulike internasjonale domstoler opprettet av FN, se Daphna Shraga, “The Second Generation UN-Based Tribunals: A Diversity of Mixed Jurisdictions” og Mohamed Ohtman, “Justice and Reconciliation”, begge i Skaar, Gloppen og Suhrke (red). *Roads to Reconciliation*. Maryland: Lexington Books, 2005.

³⁵ Se *Rome Statute of the International Criminal Court*, FN. Doc. A/CONF.183/9*, av 17. juli 1998, i kraft fra 1. juli 2002, tilgjengelig på <http://www.un.org/law/icc/statute/rome.htm> (18.08.05). Informasjon om ICC og ICC-statuttene finnes på ICC sin hjemmeside: <http://www.un.org/law/icc/>.

evne til å gjøre det. Det er også en forutsetning at ICC anser det som bevismessig forsvarlig å reise tiltale (artikkel 17). ICC har i utgangspunktet alltid adgang til å reise sak i de tilfeller hvor det er på det rene at manglende nasjonal straffeforfølging skyldes manglende evne eller vilje til å stille forbrytere til ansvar for handlinger som omfattes av domstolens kompetanseområde.

Per januar 2006 hadde ICC kun tatt opp fire saker til etterforskning: Uganda (etter forespørsel fra President Museveni av Uganda, desember 2003);³⁶ Den Demokratiske Republikken Kongo (brakt frem for ICC av kongolesiske myndigheter i 2004); Den Sentralafrikanske Republikk (etter forespørsel fra myndighetene i landet, januar 2005)³⁷ og Sudan (etter initiativ fra FNs Sikkerhetsråd, juli 2005).³⁸ På tross av et vidt mandat venter man ikke noen dramatisk økning i antall saker, gitt at domstolens ressurser vil sette relativt strenge rammer for hvor mange og omfattende saker den kan ta på seg samtidig. Erfaringene fra Jugoslavia- og Rwanda-tribunalet viser at internasjonal iretteføring av saker som gjelder for eksempel folkemord er svært ressurskrevende.³⁹

Det er uansett grunn til å tro at den internasjonale strafferetten som er under utvikling ved ICC og andre internasjonale straffedomstoler indirekte også vil få stor betydning for fortolkningen og anvendelsen av de strafferettslige normene i 1951-konvensjonen artikkel 1 F (a), og dermed for rekkevidden av eksklusjonsbestemmelsene i asylretten.

3.4 Internasjonalt samarbeid om utlevering til internasjonale straffedomstoler

Det som ellers er av en viss betydning for vårt emne, er spørsmålet om internasjonale straffedomstoler – i første rekke ICC – kan forventes å spille en viktig rolle i fremtidig straffeforfølging av asylsøkere/flyktninger som av utlendingsmyndighetene mistenkes for brudd på artikkel 1 F.

I denne forbindelse vil det oppstå kompliserte spørsmål: Hvordan blir forholdet til eksklusjon og straffeforfølging i nasjonal rett? I utgangspunktet gjelder “komplementær-prinsippet”, det vil si at internasjonal straffeforfølging skal være et alternativ når en stat mangler evne og vilje til å straffeforfølge. Dette prinsippet har primært hatt hjemlandet til forbryteren for øye. Men hva skjer i de tilfeller hvor personen ikke befinner seg i hjemlandet, men i en tredje stat som asylsøker eller anerkjent flyktning? Kan for eksempel Norge som asylstat da fritt velge å unnlate å straffeforfølge vedkommende og heller utlevere denne personen til en internasjonal domstol? Dette spørsmålet kan vi ikke se er løst på noen klar måte verken i internasjonal eller nasjonal (norsk) rett, men gode grunner synes i utgangspunktet å tale for slik valgfrihet, jf nærmere om dette nedenfor i del VI, 2.5.

Hvilken stat den mistenkte asylsøkeren/flyktningen er borger av, og om denne staten har ratifisert den aktuelle traktaten som danner grunnlaget for internasjonal straffeforfølging, vil imidlertid kunne bli avgjørende. Vi tenker her på de tilfeller hvor hjemstaten til den

³⁶ President Yoweri Museveni sendte forespørselen til ICC desember 2003. Selve etterforskningen begynte i juli 2004. I november samme år vurderte Museveni å be ICC om å stoppe etterforskningen, men den fortsatte. De første tiltalene mot medlemmer av den militære vingen av den ugandiske opposisjonen, the Lord's Resistance Army (LRA) ble reist i oktober 2005 (“Transitional Justice in the News”, October 15, 2005).

³⁷ ICC aktor Luis Moreno-Ocampo vurderer om det skal startes etterforskning i Den Sentralafrikanske Republikk.

³⁸ FNs Sikkerhetsrådsresolusjon 1593, vedtatt 31. mars 2005. Sudan blir regnet for den største saken ICC har tatt på seg så langt. 51 personer var under etterforskning i juli 2005. Myndighetene i Sudan har vært meget skeptiske til ICC sin etterforskning og har etablert en egen domstol for å straffeforfølge de som har vært involverte i Dafur-konflikten.

³⁹ For en oversikt over antall personer tiltalt av Jugoslavia-tribunalet og status av rettssakene, se ICTYs hjemmeside <http://www.un.org/icty/> (18.08.05). Lignende informasjon for Rwanda-tribunalet finnes på ICTRs hjemmeside <http://www.icttr.org/default.htm> (18.08.05).

mistenkte asylsøkeren/flyktningen for eksempel ikke har ratifisert ICC-statuttene. Dette spørsmålet går vi ikke nærmere inn på i denne rapporten.

Noen land synes allerede å ha etablert et utstrakt samarbeid med internasjonale domstoler om utlevering. Canada, for eksempel, synes å ha betydelig erfaring med å sende mistenkte asylsøkere fra det tidligere Jugoslavia til ICTY. Til hjelp i det internasjonale samarbeidet om utlevering til ulike domstoler finnes internasjonale registre/databaser over mistenkte krigsforbrytere som ulike land kan gjøre seg aktiv bruk av når mistanke oppstår. EU er i ferd med å utarbeide prosedyrer for samarbeid i slike saker, blant annet ved at representanter for EU-landenes påtelemyndigheter samarbeider direkte gjennom Eurojust. Dette gjør at sakene kan behandles raskere og mer effektivt. I tillegg har en del land inngått bilaterale avtaler om utlevering av mistenkte forbrytere. Målet må være å få på plass system som gjør det så vanskelig som mulig for personer som har begått internasjonalt straffbare handlinger å søke tilflukt i andre land under dekning av å være flyktning, jf prinsippet i 1951-konvensjonen artikkel 1 F om eksklusjon.

Mange av de samme målsettinger og hensyn gjelder minst like mye i relasjon til bekjempelse av internasjonal terrorisme, jf nedenfor i del III, 4 og del IV, 4.2. Det er derfor grunn til å merke seg at terrorhandlinger ikke ble tatt med som egen forbrytelseskategori ved etableringen av ICC, slik at spørsmålet om utlevering til internasjonal straffeforfølgning per i dag ikke alltid vil være en opsjon når det gjelder terrorister.

4 Internasjonalt samarbeid for å motvirke terrorisme

4.1 FN

FNs Generalforsamling (UNGA) har vedtatt diverse resolusjoner om terrorisme som ber stater unnlate å gi asyl til terrorister og å hindre at flyktningestatus blir misbrukt.⁴⁰ Sikkerhetsrådets resolusjon 1373 vedtatt 28. september 2001 må sies å være verdenssamfunnets mest grunnleggende svar på terrorismetrusselen.⁴¹ Den inneholder bindende pålegg til medlemsstatene om å iverksette tiltak for å hindre og bekjempe terrorisme, særlig terrorhandlinger med et internasjonalt tilsnitt.

Terrorisme utgjør en trussel mot alle nasjoner og alle mennesker. Terrorism truer selve fundamentet for demokratiske spilleregler, inklusive møysommelig oppbygde rettssystemer som respekten for menneskerettighetene. Kampen mot terrorisme har derfor også følger for behandlingen av flyktninger og asylsøkere. Selv om ingen av terroristene bak angrepene i USA "9/11" var asylsøkere eller flyktninger, gjøres det likevel, i økende grad, henvisninger til flyktninger i forbindelse med terrorbekjempelse. Resolusjon 1373 inneholder da også eksplisitte henvisninger til terrorisme og flyktningebeskyttelse. Asylinstituttet skal ikke innebære en form for fristed for terrorister. I lys av dette mener vi denne studien kan bidra til å fremme at 1951-konvensjonens eksklusjonsklausuler anvendes og dermed motvirke en negativ utvikling i bruken og oppfatningen av asylinstituttet.

Verken resolusjon 1373 eller andre folkerettslige instrumenter per i dag inneholder en internasjonal definisjon av begrepet "terrorist". Dette medfører at man ikke automatisk kan slutte at personer som karakteriseres som "terrorister" i visse nasjonale lovgivninger, kan ekskluderes i henhold til artikkel 1 F. I visse land skal det relativt lite til for at kriminaliseringsstemplet settes, hvilket kan ha den konsekvens at *bona fide* flyktninger ikke gis adgang til internasjonale beskyttelsesregimer.⁴² Det er derimot helt i samsvar med

⁴⁰ UNGA Resolusjon 49/60 (1994), pkt 5, bokstav f, Erklæring fra 1994, UNGA Resolusjon 51/210 (1996) med annex som supplerer 1994 "Measures to Eliminate International Terrorism".
www.un.org/documents/ga/res/51/a51r210.htm.

⁴¹ United Nations Security Council, Resolution 1373 (2001).

⁴² Monette Zard, "Exclusion, terrorism and the Refugee Convention", FMR 13 "The UK Anti-Terrorism, Crime and Security Act fra 2001 for eksempel, inneholdt en definisjon om "terrorist" som

folkeretten at en ved mistanke om terroristvirksomhet starter etterforskning og at saken vurderes i forhold til artikkel 1 F, selv om bestemmelsen ikke eksplisitt refererer til terrorisme. Poenget er at man ikke må legge til grunn noen form for automatikk mellom terrormistanke og eksklusjon.

Siden 2000 har også FN forhandlet om etablering av en terrorismekonvensjon. FNs generalsekretær Kofi Annans hovedtese om emnet er at "FN må stå i forgrunnen i kampen mot terrorismen". Han foreslår en femdelt strategi: (1) At misfornøyde grupperinger overtales til å avstå fra terrorisme som metode; (2) at terrorister forhindres i å skaffe seg ressurser som kjernefysisk og radioaktivt materiale; (3) at land hindres i å støtte terrorister ved at det sanksjoneres hardt mot land som skjuler eller hjelper terrorister; (4) at det utvikles statlig kapasitet til å forebygge terrorisme samtidig som det enkelte land ansvarliggjøres; og (5) at menneskerettighetene beskyttes og rettsikkerhetsprinsippene ivaretas. Dette krever, i følge Annan, god statsledelse og rettsikkerhet med profesjonelle politi- og sikkerhetsstyrker som respekterer menneskerettighetene. Annan påpeker at terrorisme er det motsatte av slike grunnverdier og at disse nettopp ikke må ofres i kampen mot terrorismen.⁴³

4.2 EU

I juni 2005 ble det vedtatt en handlingsplan for nærmere samarbeid mellom medlemsstatene om migrasjonspolitikk og terrorbekjempelse.⁴⁴ Målsettingen er et tryggere Europa. Tre virkemidler skisseres i den foreslåtte handlingsplanen: (1) Å skape et europeisk nettverk for å sikre bedre samarbeid; (2) bekjempelse av finansieringskilder gjennom internasjonalt samarbeid; og (3) økning av øremerkede EU-midler til terrorbekjempelse fra 0,5% til 1,3% innen 2013. Kommisjonen har til oppgave å overvåke samarbeidet, blant annet ved utarbeidelse av årlige rapporter. Eksisterende EU lovgivning om terrorbekjempelse skal evalueres og videreutvikles.⁴⁵

Mye arbeid er allerede lagt ned forbindelse med terrorbekjempelse i EU. Hendelsene i USA "9/11" var en utløsende faktor. Det europeiske råd vedtok første handlingsplan mot terrorisme 21. september 2001. Allerede 3. oktober foreslo Kommisjonen at alle finansieringskilder på 27 forskjellige navngitte organisasjoner og enkeltpersoner mistenkt for direkte eller indirekte terrorvirksomhet skulle fryses. I desember samme år vedtok Det europeiske råd EUs "Common Position on Combating Terrorism", som påbyr medlemsstatene å nekte "safe haven" til terrorister og bruk av EU territoriet for slike.⁴⁶ Den påbyr videre ansvar for å hindre at terrorister beveger seg mellom landene innenfor EU-området.⁴⁷ Og den påbyr statene å forsikre seg om at en asylsøker ikke har "planned, facilitated or participated in the commission of terrorist acts" før flyktningestatus innvilges.⁴⁸ Denne

innbefatter alle med en eller annen tilknytning ("links") til en internasjonal terroristgruppe. "Link" er definert vidt og innbefatter tilfeller hvor en person "supports or assists" en slik gruppe. Dette kan komme til å medføre at en asylsøker blir ansett for å være terrorist på grunn av sin politiske, etniske eller religiøse tilhørighet eller tilknytning.

⁴³ *Aftenposten*, "En global strategi mot terrorisme", Replikk, s. 3.

⁴⁴ Se nærmere om planen i: Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, "The Hague Programme: ten priorities for the next five years, A partnership for European renewal", Brussel XXX COM(2005) XXX final.

⁴⁵ Andre rapport basert på art. 11 i Rådets rammebestemmelse av 13.6. 2002 om terrorbekjempelse (2005), bekjempelse av organisert kriminalitet, "Communication on Developing a Strategic Concept on Tackling Organised Crime" (2005) og etablering av et spesifikt program om "Prevention and fight against crime" (2007). I tillegg kommer selvsagt også all annen utvikling og gjennomføring av kampen mot organisert kriminalitet og annet politisamarbeid som gjensidig utveksling av informasjon mellom medlemslandene som forslaget om gjensidig konsultasjon om DNA databaser (2005), forslaget om gjensidig konsultasjon om fingeravtrykk databaser (2005) og forslaget om generell "Community architecture on forensic/police" databaser.

⁴⁶ Artiklene 6 og 7.

⁴⁷ Artikkel 10.

⁴⁸ Artikkel 16.

“Common Position” fra 2001 inneholder ingen definisjon av begrepet “terrorist” som er anvendelig for å ta stilling til et eventuelt eksklusjonsspørsmål etter 1951-konvensjonen. Spørsmålet ble nærmere behandlet under rammen av statusdirektivet hvor terrorisme knyttes opp mot direktivets eksklusjonsbestemmelser.⁴⁹

Fra og med 2002 ble arbeidet med terrorbekjempelse videre intensivert i EU. To rammebeslutninger ble vedtatt 13. juni: En europeisk arrestordre som forenkler utleveringsprosedyrene mellom EUs medlemsstater og en felles definisjon av terrorforbrytelse som alle EUs medlemsland skulle ta opp i sin nasjonale lovgivning samt fastsette minimumsstraff. Hensikten med denne harmonisering er naturlig nok å hindre at terrorister søker tilflukt i et av medlemslandene. Norge har inngått særavtale med EU om utlevering som erstatter tidligere konvensjoner. Europol (Det europeiske politibyrå underlagt EUs råd) er også tilført økte ressurser til terrorbekjempelse, og gjennom etableringen av Eurojust har også medlemslandenes påtalemyndighet etablert egne samarbeidsrutiner som inkluderer terrorismebekjempelse.

Attentatet i Madrid i mars 2004 førte til at EUs internasjonale samarbeid ble ytterligere utvidet. 8. juni 2004 godkjente Kommisjonen, etter anmodning fra Det europeiske råd, å overføre oppgaver til Interpol.⁵⁰ Det europeiske råd har også vedtatt å gi medlemslandenes politimyndigheter adgang til et annet medlemslands databaser. Rådet har også besluttet å styrke samarbeidet mellom Europol og Eurojust, og mellom Europol og Politisjefenes “Task Force”.⁵¹ I handlingsplanens tiltak og program er også kampen mot terrorisme og bekjempelse av internasjonal kriminalitet viet stor plass.⁵² Britisk formannskapsperiode i annet halvår av 2005 var også på justissamarbeidssiden i stor grad preget av arbeidet med terrorbekjempelse, både som en oppfølging av Haag-programmet og som en direkte følge av terrorangrepene i London. I september la blant annet Kommisjonen frem en “anti-terror pakke” med fire forslag: direktivforslag om lagring av telekommunikasjonsdata, en finansiell avgjørelse om å allokere 7 mill euro til et pilotprosjekt om preventive tiltak og respons på terrorangrep, et forslag om at EU skal undertegne Europarådets konvensjon om hvitvasking av penger og terrorismefinansiering og en rapport om rekruttering til terrororganisasjoner.⁵³

4.3 Europarådet

Europarådets retningslinjer om “kampen mot terrorisme” ble vedtatt i 2002.⁵⁴ Også disse reflekterer det syn at flyktningestatus ikke må gis dersom en medlemsstat har alvorlig grunn til å tro at en asylsøker har deltatt i terroristhandlinger (“terrorist activities”). Retningslinjene inneholder imidlertid ingen definisjon av begrepet “terrorist activities”. Heller ikke deltakelse (“participation”) er nærmere definert.

⁴⁹ EU Council Qualification Directive 29. april 2004, JO L 304, 30. september 2004.

⁵⁰ COM 2004 427 final.

⁵¹ Se nærmere om Europas svar på terrorisme under <http://europa.eu.int/comm/justice-home/>

⁵² The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union, 2005/C 53/01, 3. mars 2005. Haag programmet ble vedtatt av Det europeiske råd i desember 2004.

⁵³ ECRE, Weekly update, 22. september 2005.

⁵⁴ Council of Europe, Guidelines on human rights and the fight against terrorism, 15. juli 2002, para. XII(i).

III Komparativ undersøkelse

1 Generelt om den komparative undersøkelsen

I denne delen inngår en komparativ analyse av praksis i fem land: Norge, Danmark, Canada, Nederland og Storbritannia. Undersøkelsen gir et bilde av rammene for rettsanvendelsen (del 2) og oppsummerer noen hovedtrekk i den materielle asylretten i hvert av disse landene som er av betydning for temaet her (del 3).

Formålet med denne komparative undersøkelsen er å sette norsk lov og praksis på asylfeltet inn i en bredere kontekst ved å vise interessante variasjoner i lovgivning og praksis på området, for dermed å kunne dra vekslers på erfaringer fra land som det kan være naturlig å sammenligne Norge med. Det som er presentert i denne delen er først og fremst hovedtrekk og viktige poeng som vil bli drøftet mer utførlig senere i rapportens folkerettslige deler.

Den følgende diskusjonen er hovedsaklig basert på informasjon samlet inn ved hjelp av nasjonale rapportører. Hver rapportør fikk tilsendt et spørreskjema bestående av 17 spørsmål som dekker ulike aspekter av de tema som er tatt opp i denne rapporten (se Vedlegg 1). Vi gjør oppmerksom på at landstudiene er preget av sprik i omfang og grundighet. Selv om landstudiene er supplert av et omfattende tilleggsmateriale fra bl.a. UNHCR, IGC og fagartikler, har det innenfor tidsrammen av denne rapporten ikke vært rom for å verifisere alle opplysninger samlet av landekspertene som inngår i dette kapitlet med komparativ analyse.⁵⁵

2 Rammer for rettsanvendelsen i nasjonal asylrett⁵⁶

2.1 Internasjonale reglers formelle status i nasjonal rett

1951-konvensjonen er uten tvil det viktigste instrumentet i flyktningeretten. Konvensjonen er inkorporert i nasjonal lovgivning i fire av de fem landene som inngår i vår analyse: I Norge er artikkel 1 C-F inkorporert i utlendingsloven § 16, og § 4 i samme lov innebærer at internasjonale regler skal ha rang over norske dersom disse har til formål å styrke utlendingens stilling. Dette er videreført i forslaget til ny utlendingslov.⁵⁷ I Canada er artikkel 1 E og artikkel 1 F inkorporert som en del av *Schedule to the Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)*.⁵⁸ Artikkel 1 C er omfattet av punkt 108(1) og 108(4) i IRPA. Artikkel 1 D er ikke brukt i Canada.⁵⁹ Danskene har også inkorporert inklusjons-, opphørs- og utelukkelsesgrunnene i Udlændingeloven § 7, stk. 1. Nederland gir internasjonal lovgivning konstitusjonell status gjennom artikkel 93 i Grunnloven. Dersom det er diskrepans mellom nasjonal og internasjonal lov, er det sistnevnte som gjelder (Grunnloven, artikkel 94). Selv om Storbritannia ikke har direkte inkorporert 1951-konvensjonen i sin lovgivning, har

⁵⁵ På grunn av noen av landstudienes omfang har vi sett det som uhensiktsmessig å inkludere disse (med sine respektive vedlegg) som vedlegg til denne rapporten. Landstudiene er tilgjengelige fra AID på forespørsel.

⁵⁶ Denne delen er basert på svarene til spørsmålene 1, 2, 3, 10, 12, 13, 16, 17 i landstudiene. Se Vedlegg 1.

⁵⁷ *Ny Utlendingslov*, NOU 2004: 20. § 4 i nåværende lov blir § 8 i det nye lovforslaget.

⁵⁸ IRPA er tilgjengelig på <http://laws.justice.gc.ca/en/I-2.5/index.html>.

⁵⁹ "Happily, Canada has chosen not to apply this part of the Convention definition, as a result of which Palestinian claims in Canada are to be assessed without differentiation of any kind" (James C. Hathaway. 1991. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths Canada Ltd., s. 209).

britiske domstoler slått fast at 1951-konvensjonen og 1967 Protokollen skal regnes for å være inkorporert i nasjonal rett i praksis.⁶⁰

I motsetning til 1951-Konvensjonen har Council Directive 2004/83/EC (Qualification Directive) varierende status i de land som inngår i denne undersøkelsen.⁶¹ Det har ingen formell status i verken Norge eller Canada – naturlig nok ettersom ingen av disse to er EU-medlemmer. Direktivet er heller ikke bindende i Danmark, siden Danmark har tatt forbehold om overstatlig samarbeid om rettslige indre anliggende på dette området. I Nederland og Storbritannia er Council Directive 2004/83/EC regulert av EU lovgivning. Det vil si at det i utgangspunktet er opp til myndighetene å velge hvordan og på hvilken måte direktivet skal inkorporeres i nasjonal lovgivning. Alle slike direktiv har en tidsfrist for når de formelt må inkorporeres. Dersom direktiv ikke blir politisk behandlet, vil de automatisk bli del av nasjonal lovgivning på et bestemt tidspunkt, i følge artikkel 269 i Maastricht-avtalen (*Treaty of the European Union*). Når det gjelder Council Directive 2004/83/EC, må dette være gjennomført innen 10. oktober 2006 (jf artikkel 38).

Internasjonale regler som gir subsidiær beskyttelse til flyktninger omfatter bl.a. EMK. EMK er inkorporert i norsk lovgivning gjennom Menneskerettighetsloven av 30. mai 1999; i dansk lovgivning gjennom Lov nr. 285 av 29/04/1992; i nederlandsk lov gjennom inkorporasjon av EMK artikkel 3 og 13; og i britisk lov gjennom *Human Rights Act 1998*, som trådte i kraft først 2. oktober 2000 etter en årelang debatt. Ettersom EMK gjelder kun for europeiske land, faller Canada utenfor. Canada er imidlertid medlem av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og FNs Torturkonvensjon (CAT), som er ansett som en direkte del av nasjonal rett i henhold til statsrettslig teori og praksis.

2.2 Internasjonale retningslinjer og policy dokumenter

I tillegg til i 1951-konvensjonen, er både opphør og eksklusjon omhandlet i en rekke andre retningslinjer og policy dokumenter (for eksempel fra UNHCR, Europarådet, OSCE, IGC, og FN-resolusjoner) – såkalte “soft law” instrumenter. Spørsmålet er hvilken betydning disse internasjonale retningslinjene og policy dokumentene har fått i nasjonal rett.

På samme måte som i de øvrige land, har disse dokumentene også i Norge stor politisk og moralsk tyngde, selv om de ikke er juridisk bindende. UNHCR Håndboken i tillegg til generelle UNHCR tematiske retningslinjer er de mest brukte blant saksbehandlerne. Europarådets retningslinjer har derimot liten betydning. OSCE dokumenter er for det meste brukt til å evaluere spesifikke faktiske omstendigheter (som for eksempel “trafficking” av kvinner, overgrep mot minoriteter osv) og kan inkluderes i den generelle vurderingen av om det er trygt å sende en person tilbake til hjemlandet. IGC dokumenter fungerer som retningsgivende for praksis i andre land og blir inkludert først og fremst i policy sammenheng, ikke i individuelle saksbehandlingstilfeller. Derimot kan FN-resolusjoner ha direkte påvirkning på avgjørelsen i enkeltsaker, også når de ikke er direkte bindende.

Høyesterett i Canada har slått fast at følgende hierarki gjelder ved anvendelsen av regler og prinsipper som stammer fra internasjonal lovgivning: Internasjonale traktater som er undertegnet, ratifisert og implementert av Canada er juridisk bindende. Konvensjonsrett/traktatrett som Canada er part i men ikke har ratifisert har en viktig, men ikke bindende effekt. Internasjonal sedvanerett er bindende dersom det ikke finnes nasjonal lovgivning som er i motstrid til sedvaneretten. UNHCR Håndboken og retningslinjer er blitt aktivt brukt i asylpraksis, men har også ofte blitt satt til side eller ikke tatt i betraktning. I følge den informasjon som foreligger, er dokumenter fra Europarådet, IGC eller OSCE ikke brukt i Canada. Derimot er Sikkerhetsrådsresolusjoner normalt tungtveiende som instrumenter for tolking av folkeretten, mens resolusjoner fra FNs Generalforsamling er lite brukt.

⁶⁰ Lord Keith in *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Sivakumaran* [1988] 1 AC 958 at 990.

⁶¹ For en nærmere diskusjon av dette direktivet, se nedenfor del II, 2.2, del IV, 5 og del IV, 7.2.

I Danmark benytter Flyktningnævnet generelt guidelines, policy dokumenter og rapporter fra diverse internasjonale organer til støtte og inspirasjon i sine avgjørelser og generelle bemerkninger, uten at disse anses for å være rettslig bindende.

Påvirkningen av UNHCRs anbefalinger og retningslinjer er klar når det gjelder *Aliens Circular* i Nederland, selv om nye og mer utfyllende lovbestemmelser har svekket denne påvirkningen. Mye tyder på at utviklingen generelt nå går i retning av en strengere immigrasjonspolitikk. Fra et formelt juridisk standpunkt, har ikke (internasjonale) retningslinjer og policy dokument rettslig status i det hele tatt i Nederland.

I britisk lovgivning er UNHCRs anbefalinger og retningslinjer viktige kilder i spørsmål om eksklusjon og opphør, selv om de ikke er rettslig bindende. Spesielt UNHCR Håndboken blir flittig sitert av beslutningstakere. Domstolene bruker UNHCR materiale som hjelp i tolkningen av 1951-konvensjonen. De bruker ikke OSCE retningslinjer i tolkingen av anvendelsen av artikkel 1 C-F. FN-resolusjoner blir sammen med informasjon fra Europarådet og OSCE-rapporter brukt regelmessig av britiske domstoler og ankeinstanser for å frembringe informasjon om opprinnelseslandet. OSCE informasjon blir også benyttet av klagende part og klagemotparten i anker som går til *Immigration Appellate Authority* (IAA) og *Asylum and Immigration Appeal Tribunal* (IAT).

2.3 Trekk ved den lovgivningsmessige utvikling

2.3.1 Hva har skjedd etter 9/11? Endringer i holdning, anvendelse og lovgivning

Mens antall asylsaker har gått ned de siste årene i de fleste europeiske land (inkludert i Norge)⁶², har antall saker der artikkel 1 F er anvendt gått opp i flere land – som i Nederland.⁶³ Noe av denne økningen i asylsaker som vurderer eksklusjon bør ses i lys av den globale politiske utviklingen de siste årene. Diskusjonen rundt innstramming av asylpolitikk var et tema allerede på slutten av 1980-tallet, men ble ytterligere aktualisert av flyktningstrømmene etter folkemordet i det tidligere Jugoslavia og folkemordet i Rwanda på begynnelsen av 1990-tallet. Det var innledningsvis lite fokus på hvordan man skulle forholde seg til alle de asylsøkere man mistenkte for å ha deltatt i folkemord eller andre grusomheter. I de fleste europeiske land ble asylsøkere (spesielt bosniere) gitt kollektiv saksbehandling, og personer fikk dermed innvilget flyktningestatus på grunnlag av tilhørighet i en gruppe – ikke etter individuell behandling. Også i Norge ble den såkalte TP-modellen (der TP står for “Temporary Protection”) anvendt to ganger: overfor personer fra Bosnia 1992-1995 og fra Kosovo 1999.⁶⁴ Etter opphør av kollektiv beskyttelse (som var tidsavgrenset) måtte de personene som fortsatt ville bli i Norge søke asyl på individuelt grunnlag, noe som gav

⁶² Antall asylsøkere og antall innvilgete asylsøknader har variert mye i perioden 1985-2005. I 2002, som var et toppår mht asylankomster, kom det over 18.000 asylsøkere til Norge. Etter flere år med økning, viste tallene fra første halvår 2004 en nedgang på rundt 45 % sammenlignet med samme periode 2003 (NOU 2004:20, *Ny Utlendingslov*, s. 104-106). Trenden fortsatte i 2005, da det kom 5401 asylsøkere til Norge. Kilde: UDI, februar 2006 (www.udi.no) (14.02. 2006).

⁶³ I Nederland har anvendelsen av artikkel 1 F økt dramatisk siden midten av 1990-tallet: fra ca. 30 saker i 1997 til 270 saker i 2003 – dvs. nesten en tidobling i løpet av seks år.

⁶⁴ To av poengene med den såkalte TP-modellen var (er): 1) at personer fra en bestemt gruppe/et bestemt land fikk innvilget midlertidig oppholdstillatelse etter en kollektiv vurdering, hvor saksbehandlingen bare var individuell i den forstand at personene måtte identifiseres som personer i den aktuelle gruppen; 2) at ingen av dem fikk flyktningstatus (og “asyl” eller utlendingsloven § 17) så lenge ordningen varte (de kunne imidlertid i Norge søke om asyl individuelt når den kollektive beskyttelsen opphørte, men da på grunnlag av en fremtidsrettet forfølgelsesfare som det nettopp var en presumpsjon for hadde opphørt). Begge disse elementene var felles for de forskjellige europeiske TP-modellene som alle ble utviklet i kjølvannet av Bosnia-krigen. For en diskusjon om innvilgelse av beskyttelse etter en kollektiv vurdering, se Terje Einarsen, *Flyktningers rettsstilling i Norge: Nordiske komparative studier om mottak av flyktninger*, Bergen: Fagbokforlaget, 1997, s. 90-134.

grunnlag for anvendelsen av artikkel 1 F. I tidsrommet der kollektiv beskyttelse gjaldt, var det uunngåelig at det kunne finnes enkelte personer som fikk nytte godt av beskyttelse selv om de kunne ha begått internasjonale forbrytelser. Det er et sentralt poeng at kollektiv beskyttelse uten individuell vurdering av asylsøknadene vil gi større muligheter for at krigsforbrytere vil kunne slippe unna.⁶⁵

I motsetning til Norge, har en del andre land – som Canada – aldri anvendt TP-modellen. Der ble alle asylsøkere gitt individuell behandling. Enkelte land, som Canada (fra 1997) og Nederland (fra 1998) begynte systematisk arbeid for å identifisere mulige krigsforbrytere blant asylsøkere. Nye viktige spørsmål meldte seg etter bombingene av tvillingtårnene i New York 9/11. Internasjonal terror ble satt på den politiske dagsorden på en helt ny måte. Hva har dette hatt å si for lovgivning og praksis på asylområdet?

Etter 9/11 har det utvilsomt vært økende internasjonal oppmerksomhet rundt hvordan man behandler asylsøkere som er terrorismistenkte eller mistenkte for å ha deltatt i eller medvirket til grove menneskerettighetsbrudd. Landene som er med i denne undersøkelsen synes å ha reagert nokså forskjellig på den potensielle terrortrusselen etter 9/11.

I Norge har man i de senere år fra politisk hold signalisert at man vil stille strengere krav til asyl og opphold, og at de som ikke fortjener beskyttelse under 1951-konvensjonen eller annen subsidiær lovgivning bør vises ut av landet. Dette har så langt ikke ledet til vesentlige endringer i selve asylretten. Adgangen til utvisning er imidlertid blitt utvidet gjennom de nye utvisningshjemlene i utlendingsloven § 29 første ledd bokstav e og § 30 første ledd bokstav c, relatert til overtredelse av forbudet mot terrorhandlinger i straffeloven §§ 147 a og 147 b som ble vedtatt i kjølvannet av 9/11.

Det skal bemerkes at utlendingsloven § 38 er blitt endret. Etter § 38 tredje ledd kan departementet (statsråden), for å ivareta hensynet til rikets sikkerhet eller utenrikspolitiske hensyn, instruere om avgjørelsen av enkeltsaker, både for UDI og UNE. Regjeringen er klageinstans i slike tilfeller. Det vil dermed ikke alltid bli noen uavhengig forvaltningsmessig behandling og prøving av asylsaker som faller i nevnte kategori. Regjeringens vedtak kan imidlertid bringes inn for de ordinære domstolene.

Det er ellers verdt å merke seg at Straffelovkommisjonen har foreslått et eget kapittel om krigsforbrytelser, folkemord og forbrytelser mot menneskeheten i forslaget om ny straffelov. I Ot. prp. nr. 90 (2003-04) om ny straffelov, går Justisdepartementet inn for å heve strafferammen for “internasjonale forbrytelser” til 30 år. Justiskomiteens flertall har sluttet seg til dette, og har i tillegg gitt uttrykk for at også terrorhandlinger bør ha en strafferamme på 30 år, jf Inst. O. nr 72 (2004-2005). Denne rettsutviklingen er også et ledd i å bringe norsk lov i overensstemmelse med pålegg og retningslinjer fra FN.

Norge har tatt seg relativt god tid i dette arbeidet sammenlignet med enkelte andre land. Dette er ikke nødvendigvis negativt, da vi mener det er viktig å finne gode løsninger før man gjør store endringer i eksisterende lover og regler. Den følgende diskusjonen av lovendringer i Danmark og i Storbritannia viser at hurtig innførte regelendringer ikke uten berettigelse har ført til anklager om betydelig svekket rettssikkerhet for asylsøkere som mistenkes for krigsforbrytelser eller terrorisme.⁶⁶ Den generelle problemstillingen her ble tydeliggjort også i den offentlige debatt etter terroranslagene i Madrid (2004) og i London (juli 2005).

Etter 9/11 la den danske regjering frem en serie ulike lovgivningsinitiativ som ble samlet til en såkalt felles “anti-terrorpakke”. Dette resulterte i et nytt lovforslag (Nr. L 32 av 13. desember 2001) hvis hovedformål var å skjerpe oppmerksomheten rundt utlendinger som kunne utgjøre en sikkerhetsrisiko, og dessuten sikre at FNs Sikkerhetsråds resolusjon nr. 1373 fra 28. september 2001 om bekjempelse av terrorisme ble etterfulgt. Lovforslaget om

⁶⁵ Se nærmere del VI, 2.2.

⁶⁶ Dette punktet er ikke kommentert verken i den kanadiske eller den nederlandske landstudien. I Canada har *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) vært operativ siden 28. juni 2000. Det er ikke meldt om ny lovgivning i nær framtid som vil ha innvirkning på spørsmål om opphør eller eksklusjon.

endring av Udlændingeloven ble vedtatt og trådte i kraft i 2002. Det er viktig å merke seg at denne loven har ført til et styrket samarbeid mellom utlendingsmyndighetene, Politiets Etterretningstjeneste og Forsvarets Etterretningstjeneste i utlendingssaker, bl.a. om utveksling av opplysninger. Dette er isolert sett positivt, slik vi bedømmer det.

Loven har samtidig ført til en innstramming av hvem som kan bli gitt oppholdstillatelse. For det første er eksklusjonsgrunnene blitt mer vektlagt, slik at de utlendinger som har begått grove forbrytelser skal nektes oppholdstillatelse i Danmark. Dette kan vurderes som positivt ut fra et folkerettslig perspektiv, riktignok noe avhengig av hvorledes reglene blir praktisert, med henblikk på forholdet til menneskerettighetene som begrenser uforholdsmessige reaksjoner mot lovbrudd. Videre er det gitt større rom for inndragelse av oppholdstillatelser som allerede er gitt og også for anvendelse av utvisningsreglene, for eksempel i saker hvor en asylsøker kan anses for å være en fare mot den offentlige orden, sikkerhet eller helse. Den nye loven gir Integrasjonsministeren, på bakgrunn av innstilling fra Justisministeren, myndighet til å avgjøre hvorvidt en utlending er en fare for landets sikkerhet. Loven har også innstrammet *non-refoulement* prinsippet slik at forbudet mot utsendelse ikke lenger skal praktiseres som absolutt for konvensjonsflyktninger.⁶⁷ Danmark er jo likevel bundet av blant annet EMK, som innskrenker muligheten til utsendelse.

Også i Storbritannia har det vært endringer i lovgivningen som en direkte følge av 9/11. *The Anti-terrorism, Crime and Security Act* (2001) er i tråd med den britiske regjeringens avgjørelse om å følge oppfordringene fra både EU-kommisjonen og UNHCR om å anvende eksklusjonsgrunnene mer aktivt. Videre introduserte *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004* en rekke nye tiltak, som for eksempel forbud mot å komme inn i Storbritannia uten gyldig pass; forbud mot "trafficking"; og tillatelse av elektronisk kontroll av asylsøkere. Det er verdt å merke seg at flertallet av de nye tiltakene trekker i retning av en mer restriktiv asylpraksis.

I en dom av 16.12.04 fra den øverste domstolen i England, *A & Others v Secretary of State for the Home Department*, uttrykte House of Lords bekymring for rettsvernet til asylsøkere som er mistenkt for medvirkning til terrorisme. I dommen anser de interneringskompetansen definert ved del 4 av *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* som diskriminerende, fordi den bare gjelder utlendinger og fordi virkemidlene ikke er forholdsmessige til den terrorfaren Storbritannia angivelig står overfor.⁶⁸ På bakgrunn av denne kritikken tok underhuset i det britiske parlament (House of Commons) lovforslaget om *Prevention of Terrorism Bill* opp til høring 22.02.05. Lovforslaget ble vedtatt av parlamentet som *Prevention of Terrorism Act*, 11.03.05. Lovteksten erstatter *Part 4 Powers of Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, og innskrenker dermed myndighetenes makt i forhold til behandling av terrormistenkte.⁶⁹ Britiske borgere skal i følge den nye loven likebehandles med utenlandske terrormistenkte. Problematikken ble ytterligere aktualisert etter bombeattentatet i London den 7. juli 2005. Statsminister Tony Blair uttalte at den sittende regjering ville iverksette ytterligere ny anti-terrorlovgivning.⁷⁰

2.3.2 Artikkel 1 C-F som beskrevet i nasjonal lovgivning og andre organ

Et viktig spørsmål er hvordan innholdet og anvendelsen av artikkel 1 C-F eller lignende nasjonale lovregler generelt er beskrevet i nasjonal primær og/eller sekundær lovgivning og/eller andre reguleringer fastsatt av lovgivende, administrative eller kvasi-judisielle organ (slik som klageorganer). Det er summen av gjeldende lover, forskrifter og utfyllende

⁶⁷ Jf de unntak som følger av 1951-konvensjonen artikkel 33 punkt 2. Se nærmere nedenfor del V, 6.1.

⁶⁸ House of Lords, i *A & Others v Secretary of State for the Home Department*, dom av 16.12.04 (<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm>) (14.07.05).

⁶⁹ (http://en.wikipedia.org/wiki/Prevention_of_Terrorism_Act_2005) (14.02.06).

⁷⁰ "Blair to act on counter-terrorism legislation, dialogue with Muslim community" av Ed Johnson, Cnews world (<http://cnews.canoe.ca/CNEWS/World/WarOnTerrorism/2005/07/13/1129719-ap.html>) (14.07.05).

bestemmelser som angir omfanget av beskyttelse et land gir til flyktninger – eller i hvilken grad de kan bli nektet beskyttelse.

Som nevnt, inngår artikkel 1 C-F i utlendingsloven § 16. Grunnlag for eksklusjon eller opphør av flyktningestatus blir normalt vurdert i asylprosedyren. I praksis har det hittil vært få saker som har resultert i eksklusjon eller opphør av flyktningestatus. Fra sommeren 2003 til september 2004 ble det registrert 29 henvendelser om mulige forbrytelser begått i utlandet. Omtrent en fjerdedel av disse sakene dreide seg om krigsforbrytelser eller andre “internasjonale forbrytelser” som kunne gi grunnlag for eksklusjon.⁷¹

Innholdet og anvendelsen av artikkel 1 F i kanadisk lov har vært åpen for juridisk tolkning – først og fremst av det kvasi-judisielle organet *The Refugee Protection Division* (RPD) som tar seg av asylspørsmål og som er del av *Immigration and Refugee Board* (IRB), og dernest av kanadisk Høyesterett (*Federal Court of Canada*). Selv om det siden 1999 har vært flere hundre saker i året under etterforskning der asylsøkere er mistenkte for artikkel 1 F forbrytelser, har i praksis både opphørsgrunnene og eksklusjonsgrunnene vært lite direkte anvendt i det kanadiske rettssystemet: Under to dusin saker er behandlet på Federal Court nivå per år.⁷²

Artikkel 1 C-F er i Danmark beskrevet i formell lov (særlig Utlændingeloven), lovforarbeider, samt praksis og generelle betraktninger fra *Flygtningenævnet*. Når det gjelder artikkel 1 F, inneholder Utlændingeloven et vern mot *refoulement* som bygger på EMK, SP og CAT. Praksis fra *Flygtningenævnet* er retningsgivende ettersom dette organet er siste instans i asylsaker. I Danmark er det ikke domstolskontroll på dette området. Både artikkel 1 D og artikkel 1 E blir implementert i avgjørelsen om flyktningestatus. Det foreligger ganske omfattende praksis om artikkel 1 F(a) og artikkel 1 F (b), mens artikkel 1 F (c) sjelden blir anvendt.⁷³

I Nederland er artikkel 1 F utførlig beskrevet i *Aliens Circular* (Vc 2000). Når det gjelder artikkel 1 C fokuseres det på utlendinger som tidligere har fått innvilget opphold (på basis av flyktningestatus, EMK artikkel 3, humanitært grunnlag, eller en generell ikke-utvisningspolitikk for gitte grupper av asylsøkere) og som har reist tilbake til opprinnelseslandet. I følge den nederlandske landstudien spiller artikkel D og E liten rolle i nederlandsk rettspraksis. Derimot har, som nevnt, anvendelsen av artikkel 1 F visstnok økt dramatisk siden midten av 1990-tallet.

Selv om 1951-konvensjonen ikke er direkte inkorporert i britisk lovgivning, veier 1951-konvensjonen tungt i nasjonal lovgivning ettersom *Asylum and Immigration Appeals Act 1993* pålegger UK Secretary of State å opptre i samsvar med 1951-konvensjonen og *Immigration Act 1971*. Artikkel 1 C-1 F er således indirekte inkorporert i britisk rett gjennom lovgivning og forskrifter.⁷⁴

⁷¹ Omtrent halvparten av sakene gjaldt mulige vitner til hendelser i utlandet; en fjerdedel gjaldt alvorlige forbrytelser for øvrig (knivdrap og lignende). Se Tor-Aksel Busch (Riksadvokaten). “Etterforskning og påtale av enkelte internasjonale forbrytelser”, 2004, s. 36. I den samme rapporten heter det at “En oversikt over de saker som er kommet opp i Norge i løpet av det siste år (siden sommeren 2003) kan tyde på at det vil være omlag 15 saker per år hvor det foreligger mistanke om konkrete straffbare forhold av en viss alvorlighetsgrad, dvs. noe over halvparten av antallet i Danmark. Det understrekes at anslaget nødvendigvis er usikkert” (Busch 2004, s. 38). I 2005 ble det i norsk presse meldt om at det antagelig dreier seg om et betydelig høyere antall personer.

⁷² Statistikk over eksklusjonssaker er tilgjengelig for tidsrommet 1997/98-2004. En god oversikt over slike saker finnes i the War Crimes Programme sin siste årsrapport, Appendix 3, tilgjengelig på <http://www.cbsa-asfc.gc.ca/general/enforcement/annual/annual7-e.html>.

⁷³ Det er omfattende praksis på dette området. Anvendelse av de ulike artikler er diskutert utførlig i den danske landstudien, s. 1-8; saksmateriale i Vedlegg 1 (til dansk rapport), og statistisk materiale i Vedlegg 2 (til dansk rapport).

⁷⁴ Det er et omfattende saksmateriale på dette området. Se den britiske landstudien s. 9-34.

2.3.3 Nasjonal lovgivning hva gjelder internasjonale forbrytelser

Med bakgrunn i omfattende internasjonalt samarbeid, bl.a. i FN- og EU-regi, har flere land gjennom sin lovgivning innskjerpet kravet om å ikke gi asyl til “uverdige” kandidater, det vil si de som har deltatt i eller gjort seg medskyldige i brudd mot freden, forbudet mot angrepskrig, krigsforbrytelser, brudd mot menneskeheten eller folkemord og derfor ikke fortjener 1951-konvensjonens beskyttelse.

Vi vil nå gå kort inn på de klausuler/spesielle bestemmelser i nasjonal lovgivning i de enkelte land (der slike finnes) som gjelder (a) straffeforfølgning, (b) tilbakesending/utvisning, og (c) utlevering av personer som har gjort seg skyldig i slike handlinger.

Den norske straffeloven har per i dag ikke egne straffebud rettet mot krigsforbrytelser, folkemord og forbrytelser mot menneskeheten, men slike er under utarbeiding (jf foran del III, 2.3.1). Krigsforbrytelser er nevnt kun i militær straffelov § 108.⁷⁵ Norge har ingen egen lov når det gjelder utvisning, men bestemmelser/kriterier for utvisning finnes i utlendingsloven. Når det gjelder utlevering, er de lovmessige forutsetningene for dette beskrevet i utleveringsloven av 13. juni 1975. Spesielle regler for utlevering av nordiske statsborgere er nedfelt i lov av 3. mars 1961. Norge er tilsluttet flere multilaterale utleveringsavtaler, som for eksempel European Convention on Extradition (13. desember 1957), tilleggsprotokoll til European Convention on Extradition, andre tilleggsprotokoll til samme (17. mars 1978), og gjennom Schengen-samarbeidet. I tillegg har Norge bilaterale utleveringsavtaler med en rekke forskjellige land i verden.

I motsetning til Norge, har Canada gjennom sin *Crimes against Humanity and War Crimes Act* utviklet en detaljert nasjonal lovgivning spesielt innrettet mot straffeforfølgning av personer som har deltatt i de forbrytelser som faller inn under artikkel 1 F (a) i 1951-konvensjonen. Den kanadiske *Extradition Act* (1999) har en generell bestemmelse om “extraditable conduct”, som omfatter utlevering på grunnlag av de overfor nevnte forbrytelser. Denne loven er nylig endret for å tillate utlevering til internasjonale straffedomstoler, inkludert den permanente Internasjonale Straffedomstolen i Haag (ICC).

I likhet med Canada, er dansk nasjonal lovgiving på dette feltet nokså detaljert, særlig når det gjelder straffeforfølgning og utlevering. Når det gjelder utvisning gjelder prinsipielt Udlændingeloven § 22.⁷⁶

Nederland har også detaljert nasjonal lovgivning på dette feltet. Den nederlandske *International crimes act* (‘*Wet internationale misdrijven*’) inneholder bestemmelser som gjelder forbrytelser mot freden, krigsforbrytelser, forbrytelser mot menneskeheten og folkemord med hensyn på straffeforfølgning. Det er ingen spesielle nasjonale lover som regulerer disse typer forbrytelser i forhold til spørsmålet om utvisning, og utvisning på dette grunnlag må derfor avgjøres etter de alminnelige utlendingsrettslige reglene. En person som har gjort seg skyldig i slike forbrytelser kan også bli nektet oppholdstillatelse etter nederlandsk lov. Personen kan bli utvist fra landet dersom dette ikke medfører brudd på EMK artikkel 3. I utleveringsspørsmål relatert til krigsforbrytelser gjelder *The Surrender of War Crime Suspects Act* (‘*Overleveringswet inzake oorlogsmisdrijven*’). Før den nederlandske regjering kan bestemme seg for å utlevere en person, må den søke råd hos en domstol som er kompetent til å dømme i krigsforbrytersaker. Hvis domstolen fraråder utlevering, vil ikke utlevering kunne finne sted. Når det gjelder andre forbrytelser enn krigsforbrytelser som definert i artikkel 3 eller 5-8 i *International Crimes Act*, vil to andre lover, *Surrender Act* (‘*Overleveringswet*’) og *Extradition Act* (‘*Uitleveringswet*’), bestemme om en person kan bli utlevert eller ikke. Utlevering kan bare skje til andre EU medlemsstater eller under spesielle avtaler.

Storbritannia har flere nasjonale lover som regulerer spørsmål om straffeforfølgning, utvisning og utlevering. *The International Criminal Court Act 2001*, som inkorporerer *International Criminal Courts Statute* i britisk lovgivning, slår fast at det er straffbart å gjøre seg skyld i krigsforbrytelser, folkemord og forbrytelser mot menneskeheten i Storbritannia

⁷⁵ Se for øvrig også bestemmelsene i straffeloven om jurisdiksjon og foreldelse.

⁷⁶ Se detaljerte henvisninger til ulike lover og paragrafer i den danske landrapporten, s. 17-18.

eller i utlandet utført av en britisk statsborger eller en person som er underlagt britisk jurisdiksjon. Slik straffeforfølging må bli satt i gang med samtykke fra UK Attorney General. En person som er funnet skyldig i slike forbrytelser kan etter britisk lov ikke få en fengselsstraff som overskrider 30 år. Dersom en person er straffedømt for en forbrytelse som inngår i 2001 Act og er idømt en fengselsstraff på mer enn to år, har de i følge *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002* begått en “særlig grov forbrytelse”. De vil derfor regnes som at de “constitute a danger to the community” etter 1951-konvensjonen, artikkel 33 punkt 2. Personen kan derfor risikere utsending/utvisning etter at han har sonet ferdig sin straff i Storbritannia.

2.4 Prosessuelle rammer i eksklusjonssaker

Når det oppstår mistanke om at en asylsøker har gjort seg skyldig i forbrytelser som er dekket av artikkel 1 F, eller medvirket til potensielle terroristaksjoner, melder det seg en rekke viktige prosessuelle spørsmål. Spørsmålene gjelder, blant annet, det institusjonelle forholdet mellom anvendelsen av eksklusjonsprinsippet og straffeforfølging av en mistenkt person, rollene til de ulike organ som er involverte i disse prosessene, og forholdet mellom eksklusjonsprosedyrer, utvisning, straffeforfølging og utleveringsprosedyrer. Disse spørsmålene vil her bli gitt tentative – korte - svar ut fra det innsamlede landmaterialet, og senere noe utdypet i del VI av rapporten.

I Norge blir alle asylsøkere intervjuet av fagfolk i UDI. Dersom det i løpet av intervjuet oppstår mistanke om at asylsøkeren tilbakeholder informasjon om deltaking i straffbare handlinger, vil dette bli notert særskilt når intervjuet blir overlevert politiet. Politiet følger så opp saken. Dersom en person antas å være skyldig i handlinger omtalt i artikkel 1 F, kan vedkommende enten straffeforfølges i Norge, eller utleveres.

Utlevering kan likevel ikke finne sted til land der en person kan risikere livet eller umenneskelig behandling, ettersom plikten til å beskytte individet mot slik behandling er absolutt og dermed går foran hensyn til rikets sikkerhet. Det er verdt å merke seg at det i Norge inntil relativt nylig ikke eksisterte et spesielt organ for å ta seg av utlendinger mistenkt for internasjonale forbrytelser (inkludert terrorhandlinger). Justisdepartementet gikk i nasjonalbudsjettet for 2003 inn for at det skulle etableres et nytt nasjonalt organ som skulle ha som spesielt ansvar å bekjempe terror og alvorlig organisert kriminalitet. Riksadvokaten ble bedt om å vurdere ulike modeller for organisering. I en rapport fra 2004 ble det anbefalt å legge etterforskningen av internasjonale forbrytelser til den nasjonale enheten for bekjempelse av organisert og annen alvorlig kriminalitet.⁷⁷ Det nye organet, “Den nasjonale enhet for bekjempelse av organisert og annen alvorlig kriminalitet (*Nye Kripas*)”, ble vedtatt i statsråd 24. september 2004 og opprettet 1. januar 2005. Navnet ble i 2006 endret til “Kripas”, og denne kortformen er i det følgende brukt i rapporten her. Det ble 1. august 2005 dessuten opprettet et nytt nasjonalt statsadvokatsembete for bekjempelse av organisert og annen alvorlig kriminalitet for å ta ansvaret for denne type saker på statsadvokatsnivå.⁷⁸ Embetet er ikke formelt en del av Kripas, men er i praksis nært tilknyttet dette organet.

I motsetning til Norge, utviklet Canada tidlig avanserte prosedyrer for behandling av eksklusjonsspørsmål, og har som tidligere nevnt etablert et omfattende samarbeid med internasjonale domstoler. Canada åpner opp for både eksklusjon og straffeforfølging i Canada. Det finnes spesiallovgivning på feltet, *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, som omhandler hvordan man håndterer mistenkte krigsforbrytere. Canada har i flere år hatt særskilte organer som har tatt seg av denne problematikken. Det er flere instanser som er ansvarlige for etterforskning av påståtte mistanker om brudd mot menneskeheten eller krigsforbrytelser: Citizenship and Immigration Canada (CIC), Justisdepartementet gjennom

⁷⁷ Se Busch, 2004.

⁷⁸ Statsadvokatembetet har tre statsadvokater: Siri Strøn Frigaard, Jan Fredrik Glent og Ole Kristian Nicolaisen. For mer informasjon om Kripas, se deres hjemmeside på <http://www.nyekripas.no/> (18.08.05).

sin Crimes Against Humanity and War Crimes Section, og RCMP (Canadas ridende politi). Interdepartmental Operations Group (IOG) er et koordineringsorgan for disse enhetene i alt fra utvikling av policy til samarbeid i enkeltsaker. Interdepartmental Operations Group overser også at Canada ivaretar landets internasjonale plikter, inkludert etterforskning, straffeforfølgning eller eventuelt utlevering av krigsforbrytere. Canada driver utstrakt internasjonalt samarbeid i disse typer spørsmål. IOG sørger for internasjonalt samarbeid med internasjonale straffetribunaler, så som Rwanda-domstolen, Jugoslavia-domstolen og den permanente Internasjonale Straffedomstolen i Haag. En spesialenhet, International Assistance Group (IAG) har som hovedansvar de saker som faller inn under *Extradition Act* (Utleveringsloven) og *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*. Krigsforbryterprogrammet (*War Crimes Program*), som ble opprettet i 1998, gir ut årlige rapporter som gir detaljert informasjon om prosessuelle spørsmål som gjelder eksklusjon og utlevering.⁷⁹

I Danmark ble utlendingsloven endret i 2002 for å styrke samarbeidet mellom myndighetene og fremme utveksling av opplysninger mellom utlendingsmyndighetene, etterretningstjenesten og påtalemyndigheten når det gjelder å sikre straffeforfølgelse. Et samarbeidsforum bestående av representanter fra Udlændingestyrelsen, Flygtningenævnet, Integrationsministeriet, statsamterne, Rigspolitichefens afdeling samt Politiets og Forsvarets etterretningstjeneste og Statsadvokaturen for Særlige Internationale Straffesager (et spesialorgan opprettet i 2002), fastsetter interne retningslinjer for utveksling av opplysninger. Det er Integrasjonsministeren som på basis av en innstilling fra Justisministeren avgjør om utlendingen kan anses for å være en fare for rikets sikkerhet. Politiets etterretningstjeneste eller Utlendingsmyndighetene kan også sette i gang denne prosessen (via Justisministeren) dersom det oppstår mistanke til slike personer. I de tilfeller hvor en utlending blir ansett for å være en fare for rikets sikkerhet, vil han kunne bli nektet oppholdstillatelse, eventuelt få en slik tillatelse inndratt. Påtalemyndigheten kan bestemme om det skal reises tiltale for forbrytelser begått i Danmark eller i utlandet, der Danmark er forpliktet å foreta straffeforfølgning etter Geneve-konvensjonene, og påse at slik straffeforfølgning finner sted i Danmark. Statsadvokaten for Særlige Internationale Straffesager har til oppgave å behandle saker om alvorlig kriminalitet begått i utlandet. Det omfatter krigsforbrytelser, folkemord, forbrytelser mot menneskeheten, terrorhandlinger og tortur. Denne avdelingen behandler kun saker mot personer som kan straffeforfølges i Danmark. En utlending kan utvises ved innreise dersom personen kommer fra Schengen-området. Derimot kan man ikke sende utlendingen tilbake til land der vedkommende risikerer dødsstraff, tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, eller til land hvor personen ikke er beskyttet mot videresending til et annet land der han risikerer slik behandling.

Som i Canada, er det i Nederland opprettet en spesialenhet for å håndtere asylsaker når det oppstår mistanke om medvirkning til internasjonale forbrytelser. Saksfeltet er delt mellom en påtaleenhet ved Det nederlandske nasjonale statsadvokatembetet og en spesialisert etterforskningsenhet ved Det nederlandske nasjonale politi. Saksfeltet til de to enhetene omfatter krigsforbrytelser, tortur, forbrytelser mot menneskeheten og folkemord. Saker om terrorisme er lagt til en tredje enhet. Dersom det oppstår mistanke om at en person har medvirket til forbrytelser som dekkes av artikkel 1 F i Nederland, typisk under intervju utført av utlendingsmyndighetene, vil påtalemyndigheten bli informert og bedt om å foreta undersøkelser med tanke på straffeforfølgning ut fra spesielle krigsforbryterlover (*war crimes legislation*). Det finnes en spesialenhet innenfor utlendingsforvaltningen som håndterer artikkel 1 F saker.⁸⁰

⁷⁹ Se 2001-2002 Annual Report of the War Crimes Program (<http://www.cic.gc.ca/english/pub/war2002/index.html>) under tittelen "Interdepartmental Operations Group" (<http://www.cic.gc.ca/english/pub/war2002/section03.html#a>) og under tittelen "Developments Under the Crimes Against Humanity and War Crimes Act" (<http://www.cic.gc.ca/english/pub/war2002/section04.html#d>) (18.08.05).

⁸⁰ I tidsrommet 1998-2003 ble nærmere 700 slike saker oversendt til påtalemyndighetene i Nederland. Av disse ble ca. 80 % henlagt – enten pga manglende jurisdiksjon eller fordi det ikke var rimelig grunn til å anta at vedkommende har begått handlingen. De resterende 20 % ble sent til etterforskning, men

I Storbritannia kan en asylsøker som er mistenkt for forbrytelser som faller innenfor artikkel 1 F straffeforfølges. Dersom saksbehandleren i *Immigration and Nationality Directorate* (IND) i intervjuet med asylsøkeren fatter mistanke til at det er begått en straffbar handling, må de overføre saken til politiet, som i sin tur eventuelt vil sette i gang straffeforfølgning. Dersom asylsøkeren blir straffeforfulgt og får en dom på over to år, vil personen ikke være beskyttet av 1951-konvensjonen, altså tilsynelatende *før* man har vurdert om artikkel 1 F kan anvendes eller ikke.⁸¹

Dersom en asylsøker er mistenkt for medvirkning til terrorisme, gjelder en spesiell prosedyre kalt *certification*. I korte trekk går dette ut på at den terrormistenkte blir intervjuet av spesialutdannet anti-terror politi og får saken sin hørt av *Special Immigration Appeals Commission* (SIAC). I tilfeller der tilsatte ved *Immigration and Nationality Directorate* har tilrådd utelukkelse fra asylstatus og saken kan medføre straffeforfølgning, vil saken bli videresendt til en spesialenhet innenfor IND; Criminal Casework Team. I de tilfeller hvor en IND saksbehandler vurderer det slik at en asylsøker er ekskludert fra beskyttelse på basis av artikkel 1 F og dette har blitt bekreftet av *Secretary of State under Section 33(1) of the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, vil personen bli underlagt utleveringsprosedyrer. Det er *Immigration Service of the UK Home Office* som er ansvarlig for alle utleveringer. Denne særlige *certification* prosedyren for mistenkte terrorister ble utarbeidet i forbindelse med *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (Part 4, § 21). Den gir Utenriksministeren (Secretary of State) adgang til å klassifisere en utenlandsk statsborger som “mistenkt internasjonal terrorist”, dersom det er mistanke om forbindelse til internasjonal terrorisme og personen er vurdert til å utgjøre en sikkerhetsrisiko for landet. En slik mistenkt person kunne etter anti-terrorloven bli holdt fengslet under strenge sikkerhetstiltak, uten tiltale og dom. Deler av prosedyren har blitt kritisert, som i den foran nevnte House of Lords-dommen⁸² (se foran del III, 2.3).

3 Noen hovedtrekk i rettsanvendelsen i de utvalgte land⁸³

I denne delen tar vi for oss hovedtrekk i materiell rettsanvendelse i de fem landene, inkludert Norge, som er med i den komparative landanalysen. Her blir spørsmål som gjelder anvendelsen av artikkel 1 F, kravet til bevis, frivillighetsprinsippet og proporsjonalitetsprinsippet m.m. diskutert. Selv om hovedvekten er lagt på eksklusjon, berører vi også opphør av flyktningestatus. Informasjonen vil bli presentert tematisk. Vi tar først for oss det prinsipielle spørsmålet om forvaltningen må vurdere inklusjon før eksklusjon.

3.1 Eksklusjon før inklusjon?

Problemstillingen er om det er adgang til å anvende eksklusjonsklausulene i 1951-konvensjonen artikkel 1 F uten at det er først eller samtidig er vurdert om vedkommende er flyktning etter kriterier i artikkel 1 A(2). Det prinsipielle spørsmålet er drøftet senere i del VI. Her skal det gis en oversikt over rettstilstanden i de fem land som inngår i undersøkelsen.

det har vist seg svært vanskelig å føre saker frem til rettslig behandling. Se nærmere Busch, 2004, s. 18.

⁸¹ Karakteren av denne bestemmelsen er noe uklar. Vi antar at britiske myndigheter generelt har vurdert det slik at forbrytelser som straffes med en dom på to år eller mer representerer alvorlig ikke-politisk kriminalitet, slik at 1951-konvensjonen artikkel 1 F (b) er anvendelig. En lignende prosedyre – eksklusjon før inklusjon – gjelder også for Canada. Se nedenfor del III, 3.1.

⁸² *A & Others v Secretary of State for the Home Department*, dom av 16.12.04.

⁸³ Denne delen summerer opp hovedpoengene i de spørsmålene fra landrapportene som ikke er dekket i del III, 2, det vil si spørsmål 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10A og B, 11, 14, 15. Det er også brukt en del suppleringsmateriale.

Den norske utlendingsloven § 16 forutsetter inklusjon før eksklusjon, det vil si at en person må oppfylle kriteriene etter 1951-konvensjonen artikkel 1 A(2) for at eksklusjon etter artikkel 1 F skal være aktuelt.

I motsetning til i Norge, kan en person etter kanadisk lov ekskluderes fra flyktningestatus før forholdet til artikkel 1 A(2) er blitt vurdert. Det vil si at det ikke er krav om å se inklusjon og eksklusjon i sammenheng, bortsett fra i situasjoner der en person er mistenkt for alvorlig ikke-politisk kriminalitet i henhold til artikkel 1 F(b).

Det danske Flyktningnævnet vurderer derimot vanligvis om inklusjonskriteriene er oppfylt før en foretar en vurdering av artikkel 1 F. Det finnes kun én enkelt sak i dansk rettspraksis (som gjaldt mordbrann) hvor Flyktningnævnet har anvendt artikkel 1 F uten først å vurdere om kriteriene i artikkel 1 A(2) var oppfylt.⁸⁴ Før lovendringer i 2002 i kjølvannet av 9/11, vurderte man eksklusjon også på bakgrunn av de farene en person kunne bli utsatt for ved eventuell tilbakesendelse (Udlændingelovens § 7). Nå vurderes i tillegg om asylsøkeren utgjør en fare for rikets sikkerhet eller er en trussel mot lov og orden (Udlændingelovens § 10). Det vil si at vurderingene er blitt mer komplekse i disfavør av søkeren.

I følge *The Aliens Circular* i Nederland, må artikkel 1 F anvendes før spørsmålet om hvorvidt søkeren er en flyktning, eller kvalifiserer til asyl på annen måte, kan vurderes – altså stikk motsatt av praksis i Norge. Dersom det er alvorlig mistanke om artikkel 1 F forbrytelser, vil flyktningestatus (inklusionsgrunnene) ikke bli tatt opp til vurdering. Det er likevel noe usikkerhet vedgående rettspraksis på dette området (se nedenfor del III, 4).

Etter at *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* ble vedtatt, tillater britisk lov å vurdere anvendelse av eksklusjonsprinsippet før inklusjonsgrunnene er vurdert. I *Indra Gurung*-saken (2002) ble det slått fast at “the argument that “logically” one cannot exclude unless one has first included does not withstand examination”.⁸⁵ I Storbritannia gjelder dessuten den helt spesielle “certification procedure”, som er forankret i to lover. Section 33(1) av *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* gir fullmakt til Secretary of State å “certify” at en person som søker asyl i Storbritannia ikke skal nyte godt av artikkel 33(1) beskyttelse, selv om vedkommende ville oppfylt kravene til flyktningestatus etter 1951-konvensjonen, og at personen kan sendes ut av landet dersom det er til det beste “to the public good”.⁸⁶ Section 72 av *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002* tillater eksklusjon av asylsøkere betegnet som “serious criminals” (dersom personen har fått en fengselsstraff på to år eller mer), ettersom disse personer blir oppfattet “to constitute a danger to the community of the UK for the purposes of Article 33(2) of the 1951 Convention”.⁸⁷ I slike tilfeller vil Secretary of State kunne utstede et såkalt “certificate” til asylsøkeren som fratar denne personen retten til å søke asyl. Personen som er “certified” kan anke sin sak til *Immigration Appeal Tribunal* eller et spesialorgan, *Special Immigration Appeals Commission* (SIAC).

3.2 Faktorer og prinsipper i eksklusjonsvurderingen

Det er seks viktige faktorer/prinsipper som normalt er av betydning for å avgjøre om en person kan antas å være skyldig i artikkel 1 F forbrytelser: (1) om den handling vedkommende

⁸⁴ Se BR7/163: “...Alle Flygtningenævnets medlemmer var enige om, at ansøgeren, uanset om han måtte opfylde betingelserne for at få meddelt opholdstilladelse efter udlændingelovens § 7, ville være udelukket herfra efter flygtningekonventionens art. 1, F (b), idet han efter sin egen forklaring havde foranlediget flere brandstiftelser med det formål at få visse studerende til at forsvinde, og hvorunder i hvert fald en student var indebrændt...”

⁸⁵ *Gurung v Secretary of State for the Home Department* [2002] UKIAT 04870 –

<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/uk/cases/UKIAT/2002/04870.html&query=Gurung+&method=all> (23.05.05).

⁸⁶ Sections 33(1)(a) – (b), *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* –

<http://www.hmsso.gov.uk/acts/acts2001/20010024.htm> (23.05.05).

⁸⁷ *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002* –

<http://www.hmsso.gov.uk/acts/acts2002/20020041.htm> (23.05.05).

mistenkes for faller inn under et straffebud omfattet av artikkel 1 F; (2) om det foreligger subjektiv skyld; (3) spørsmålet om medvirkning; (4) om det foreligger straffrihetsgrunner; (5) beviskravet og (6) om konsekvensene av eksklusjon eventuelt skal tas med i en avsluttende vurdering om vedkommende bør ekskluderes (jf proporsjonalitetsprinsippet).

I denne delen vil vi ta for oss spørsmål knyttet til subjektiv skyld, medvirkning og beviskravet. Vurderingen av om vedkommende skal eller bør ekskluderes ut fra konsekvensene av eksklusjon (jf proporsjonalitetsprinsippet), er nærmere diskutert i del III, 3.4.

3.2.1 Subjektiv skyld

Som diskutert nærmere i del IV, 3.3, må en handling være utført forsettlig for at denne skal kunne representere en internasjonalt straffbar handling. Med “forsettlig” menes at gjerningsmannen er klar over hva han/hun gjør og er bevisst hva handlingen kan føre til av konsekvenser. Kravet til subjektiv skyld (*mens rea*) kan også omfatte skylddevne – det vil si de nødvendige forutsetningene for straff i form av psykisk evne/utvikling (som alder, modenhet, intelligens, tilregnelighet osv). Rettskildene i nasjonal rett synes å variere en del når det gjelder subjektiv skyld som vilkår for eksklusjon.

I Norge finnes det visstnok ingen saker hvor subjektive elementer har vært avgjørende for utfallet av eksklusjonsspørsmålet. I Canada finnes det derimot en rekke saker hvor subjektive forhold har vært avgjørende. Det danske Flyktningnævnet har i enkelte saker lagt avgjørende vekt på subjektive elementer.⁸⁸ I Nederland er det referanse til subjektive element i *Aliens Circular*. Loven slår fast at artikkel 1 F ikke kan brukes mot barnesoldater under 15 år. For barnesoldater mellom 15 og 18 år, vil spørsmålet om de har deltatt “knowingly” bli vurdert særskilt. I Storbritannia ble det i *Indra Gurung*-saken vektlagt at medlemskap i en kriminell organisasjon alene ikke var nok til eksklusjon. Det blir der stilt krav om at personen hadde deltatt i konkrete handlinger omfattet av 1951-konvensjonen, artikkel 1 F.

3.2.2 Medvirkning⁸⁹

Spørsmålet om medvirkning varierer gjerne med type forbrytelse. Når det gjelder delaktighet i krigsforbrytelser og lignende forbrytelser, gjelder i praksis ofte et krav om direkte medvirkning (herunder planlegging og administrasjon av forbrytelser). Når det oppstår mistanke om terrorisme, derimot, synes indirekte medvirkning oftere å kunne danne grunnlag for eksklusjon. Hvilke krav man skal stille til medvirkning til terrorhandlinger eller til planlagt terror, har særlig fått økt oppmerksomhet etter 9/11.

Når det gjelder *indirekte* medvirkning til kriminelle handlinger dekket av artikkel 1 F, finnes det eksempler i Norge på at personer er blitt ekskludert på basis av å ha vært medlem i en såkalt “kriminell organisasjon”. I en sak fra 2004 ble en søknad om asyl avslått fordi vedkommende hadde vært livvakt for lederen av en militant politisk gruppe i Libanon. Selv om man ikke kunne fastslå at asylsøkeren personlig hadde medvirket til internasjonalt straffbare handlinger, mente UDI at “det er alvorlig grunn til å anta at organisasjonen har gjort seg skyldig i forhold som er omhandlet i 1951-konvensjonen artikkel 1 F(a) (“en forbrytelse mot freden, en krigsforbrytelse eller en forbrytelse mot menneskeheten”). Medlemskap i denne organisasjonen ble således ansett som nok til å eksklusjon på basis av artikkel 1 F(a). Det underliggende synspunktet her kan ha vært at en slik form for generell psykisk medvirkning er tilstrekkelig i denne type saker, i det medvirkningskravet her favner videre enn etter ordinær norsk strafferett. Fordi vedkommende kunne “risikere alvorlige reaksjoner ved retur til Libanon”, ble vedkommende likevel gitt midlertidig opphold i Norge i

⁸⁸ Det er minst fire saker i Danmark hvor subjektive vilkår for straff har vært et tema, spesielt hensiktsbegrepet: BR11/239, BR8/162, BR12/277, BR12/278.

⁸⁹ Medvirkningskravet etter folkeretten er drøftet nærmere i del IV, 3.4 og 4.4.

medhold av utlendingsloven § 8 annet ledd, jf utlendingsforskriften § 21 annet ledd, jf EMK artikkel 3. I en annen sak fra 2002 ble en asylsøker ekskludert fra flyktingestatus på bakgrunn av medlemskap i det kurdiske partiet PKK, fordi PKK var definert som en terroristorganisasjon, blant annet av EU. Også denne asylsøkeren ble innvilget midlertidig oppholdstillatelse.

I Canada har spørsmålet om medvirkning (“notion of complicity”) vært tema i de fleste asylsakene hvor man har diskutert anvendelsen av artikkel 1 F.⁹⁰ “Complicity” er tolket til å gjelde tre typer situasjoner, nemlig (a) å være tilstede der det blir begått en krigsforbrytelse eller brudd mot menneskeheten; (b) medlemskap i en organisasjon som er involvert i “international offences” eller (c) medlemskap av en organisasjon “with a limited, brutal purpose”.⁹¹ Med andre ord trenger ikke medvirkning være direkte – medlemskap i en organisasjon kan være nok. I visse tilfeller er ikke en gang medlemskap et krav – det kan være nok å tilhøre en organisasjon, i den forstand at man tilhører en gruppe som frivillig møtes og som har som mål å bidra til å oppnå organisasjonens mål. Man trenger derfor ikke alltid å identifisere en konkret handling som vedkommende har vært medvirkende til for å ekskludere – å bevise at vedkommende slutter opp om organisasjonens målsetning kan sågar være tilstrekkelig.⁹²

Som i Canada, gjelder de fleste av sakene i Danmark direkte medvirkning til artikkel 1 F-forbrytelser. I enkelte tilfeller har det også vært snakk om indirekte medvirkning, det vil si vedkommende har vært klar over og støttet den konkrete handlingen, selv om han ikke har medvirket til selve utførelsen.

Mesteparten av rettspraksis på artikkel 1 F i Nederland gjelder spørsmålet om når en person kan holdes til ansvar for handlinger begått av den organisasjon vedkommende tilhører. I slike saker anvender man den såkalte “personal and knowing participation test”. Det er således akseptert av nederlandske domstoler at en person kan stilles til ansvar for en handling som han selv ikke har begått, dersom personen har stilling over et visst nivå i en organisasjon som er ansvarlig for den aktuelle forbrytelsen eller terrorhandlingen.⁹³

Britiske domstoler har tradisjonelt lagt til grunn at kun medlemskap i en (terrorist) organisasjon ikke i seg selv er grunnlag for å anvende eksklusjonsreglene.⁹⁴ Men hvis et medlem er klar over hva organisasjonen står for, kan det likevel i visse tilfeller medføre anvendelse av artikkel 1 F. Det må bevises at medlemskapet i organisasjonen er frivillig.⁹⁵ I tråd med UNHCRs retningslinjer fra september 2001, legger britiske myndigheter til grunn at frivillig medlemskap i en terroristorganisasjon kan sidestilles med “personal and knowing participation, or at least acquiescence amounting to complicity in the crimes in question”. Indirekte medvirkning kan således være grunnlag godt nok for å anvende eksklusjonsgrunnene. Dette, blir det hevdet, er nødvendig for å bekjempe moderne internasjonal terrorisme.⁹⁶

⁹⁰ Der er en betydelig mengde dommer på temaet “complicity” (medvirkning) avgjort av domstoler på flere nivåer i Canada (ankedomstoler så vel som Federal Court). For en utførlig drøftelse av ulike aspekt ved medvirkning og oversikt over dommer, se Joseph. Rikhof. “Model Paragraphs for Exclusion Clause 1 F(A)”, 2000.

⁹¹ Det fins en lang rekke rettssaker på alle disse tre punktene.

⁹² Dette var tilfelle i følgende to saker: *Hajialakhani v. M.C.I. (F.C.T.D., IMM-3105-97*, September 11, 1998) og *Pushpanathan v. M.C.I. F.C.T.D., IMM-4427-01*, September 3, 2002).

⁹³ Dette var for eksempel tilfelle for et medlem av sentralkomiteen i det kurdiske partiet PKK i saken (ABRvS 12 July 2004, JV 2004/374). Et annet eksempel på anvendelse av “the personal and knowing participation test” finnes i ABRvS 2 November 2004, 200404944/1, JV 2005/12, som vil bli publisert som RV 2004, 12. En rekke andre eksempler er nevnt i den nederlandske landrapporten 2004, s. 3-4.

⁹⁴ Her viser man igjen til *Indra Gurung*-saken (2002).

⁹⁵ Merk at beviskravet er ikke kommentert i den britiske landrapporten.

⁹⁶ Igjen med henvisning til *Indra Gurung*-saken (2002): I utgangspunktet er medlemskap alene i en organisasjon med målsetninger og/eller metoder som kan falle inn under Art 1 F ikke nok til å anvende eksklusjonsgrunnene. Det må bevises at personen har personlig medvirket til hendelser som faller inn under 1 F av 1951-konvensjonen. Men, i tilfelle eksplisitte terroristorganisasjoner er dette modifisert: “..it would be wrong to say that an appellant only came within the Exclusion clauses if the evidence

3.2.3 Beviskravet⁹⁷

I følge artikkel 1 F kreves *alvorlig grunn til mistanke* (“serious reasons for considering”) om at en person er straffeansvarlig for en handling som omfattes av eksklusjonsklausulene. Det er bred enighet om at det i utgangspunktet er tilfluktsstaten som har bevisbyrden i så måte. Men hva betyr dette i praksis? Som diskusjonen nedenfor viser, varierer beviskravet substansielt mellom landene som er med i den komparative undersøkelsen. Beviskravet kan dessuten variere med ulike typer kriminelle handlinger.

Norge synes å befinne seg i den ene enden av skalaen. Asylavdelingen i UNE har i et fagnotat lagt til grunn at en høy standard bør anvendes, det vil si sterk eller klar sannsynlighetsovervekt.⁹⁸ Det er likevel ikke sikkert at det er en enhetlig praksis på dette i Norge. Beviskravet varierer derimot ikke med type kriminell handling som faller inn under artikkel 1F.

Canada befinner seg i den andre enden av skalaen. Beviskravet i Canada er under 50 % sannsynlighet. “Alvorlige grunner for å anta” (“serious reasons for considering”) er dermed antatt å være lavere enn standarden om “utover rimelig tvil” (“beyond reasonable doubt”) i straffesaker, og dessuten under sannsynlighetsovervekt (“balance of probabilities”) i sivile saker.⁹⁹ M.a.o. ligger beviskravet mellom en viss mistanke og sannsynlighetsovervekt; noe som er betydelig lavere enn i norsk praksis.

I dansk rettspraksis skal det alltid foreligge en “tungtveiende, kvalifisert mistanke” om en artikkel 1 F-forbrytelse før man eventuelt kan ekskludere. “Alvorlige grunner til å anta” omfatter derfor et krav om sannsynlighetsovervekt i Flyktningnævnets praksis.¹⁰⁰ Beviskravet varierer ikke med forbrytelsens karakter eller grovhetsgrad.

I Nederland slår *Aliens Circular* fast at i anvendelsen av artikkel 1 F er beviskravet lavere enn i straffesaker (som er “beyond reasonable doubt”), men at “the serious reasons must be well motivated”. Det finnes liten rettspraksis på dette feltet. Det lille som eksisterer av saker er nokså gammelt og fokuserer hovedsaklig på medvirking gjennom anvendelsen av “the personal and knowing participation test”. Det finnes heller ingen policy regler eller rettspraksis når det gjelder spørsmålet om i hvilken grad bevisbyrden varierer med hensyn på de ulike kriminelle handlinger som er dekket av artikkel 1 F.

3.3 Rettsvirkningen når artikkel 1 F blir anvendt i nasjonal rett

Hvis artikkel 1 F blir anvendt, er det normalt to alternative utfall: (1) Personen blir ekskludert fra flyktningestatus og tilbakesendt til hjemlandet eller et tredjeland; (2) personen blir ekskludert fra flyktningestatus, men får midlertidig oppholdstillatelse (uten de rettigheter som flyktningestatus gir). Det siste kan bli resultatet når vedkommende nyter godt av subsidiær beskyttelse eller får midlertidig oppholdstillatelse fordi personen uansett ikke kan returneres.

Et tredje mulig utfall er at personen blir ekskludert og får bli, men uten å få noen formalisert oppholdstillatelse. Det vil i så fall dreie seg om en form for “tålt opphold”, typisk under henvisning til EMK artikkel 3.

Merk ellers at flyktninger i noen tilfeller kan bli utelukket fra flyktningestatus og/eller subsidiær beskyttelse i nasjonal rett av andre grunner enn de som er omtalt i artikkel

established that he has personally participated in acts contrary to the provisions of Art. 1 F, if the organisation is one or has become one whose aims, methods and activities are predominantly terrorist in character, very little more will be necessary”.

⁹⁷ Merk at det ikke foreligger opplysninger om beviskravet i Storbritannia under dette punktet. Beviskravet etter artikkel 1 F og forholdet til selvinkriminering er nærmere drøftet i del IV, 3.9.

⁹⁸ UNE, “Flyktningkonvensjonen art. 1F”, fagnotat, 13. september 2002/opdatert 10. februar 2005.

⁹⁹ Beviskravet er diskutert i følgende sak: *Federal Court of Appeal in Sivakumar*.

(<http://www.canlii.org/ca/cas/fca/1993/1993fca10048.html>).

¹⁰⁰ Det er minst fem saker i dansk rettspraksis hvor beviskravet i forhold artikkel 1 F har vært tema: Burundi/204/3, Afg/2004/6, Stat.pal/2004/5, BR 12/277, BR12/278.

1 D-F, for eksempel i medhold av artikkel 33 (2) eller ved spesielle nasjonale lover/regler.¹⁰¹ Slike tilfeller bør imidlertid holdes atskilt fra “eksklusjon”, jf nærmere nedenfor i del IV 6.

Norske utlendingsmyndigheter synes ikke å ha oppfattet det som en plikt å ekskludere når vilkårene for eksklusjon foreligger, jf utlendingsloven § 16 som bruker uttrykket “kan” i stedet for “skal” i relasjon til artikkel 1 F. Når en asylsøker blir ekskludert fra flyktningestatus i Norge, er det heller ingen automatikk i at personen blir sendt ut fra landet. Det har vært flere saker hvor en asylsøker har blitt ekskludert fra flyktningestatus, men hvor personen likevel er blitt gitt midlertidig oppholdstillatelse fordi personen vil kunne risikere tortur, forfølgelse eller dødsstraff dersom vedkommende blir sendt tilbake til hjemlandet. Det er for øvrig også mulig at en asylsøker kan bli utelukket fra vern som flyktning og/eller subsidiær beskyttelse av andre grunner enn de som er beskrevet i 1951-konvensjonen artikkel 1, ettersom utlendingsloven § 15 tredje ledd og § 17 første ledd bokstav (f) åpner for å nekte en person asyl dersom vedkommende blir oppfattet som “en fare mot rikets sikkerhet” eller har blitt straffedømt for en særlig alvorlig forbrytelse som gjør at vedkommende utgjør en fare mot samfunnet.

En utlending i Danmark som har gjort seg skyldig i kriminelle handlinger som faller inn under artikkel 1 F, kan ikke få innvilget asyl etter 1951-konvensjonen. Subsidiær beskyttelse kan likevel innvilges, ettersom det subsidiære beskyttelsesvernet i følge EMK, SP, og CAT i noen tilfeller er bredere enn refouleringsvernet for konvensjonsflyktninger. Selv om utlendinger er utelukket fra oppholdstillatelse eller får oppholdstillatelsen sin inndratt etter bestemte regler, kan vedkommende likevel nyte beskyttelse mot tilbakesendelse gjennom Udlændingeloven § 31, dersom vedkommende risikerer dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved eventuell tilbakesendelse. Inkludert i vurderingen om oppholdstillatelse inngår spørsmålet om utlendingen kan anses som en fare for rikets sikkerhet. I realiteten synes det ikke å være store forskjeller mellom norsk og dansk rett her.

I Nederland vil personer som blir ekskludert fra flyktningestatus på grunnlag av artikkel 1 F i følge *Aliens Circular* samtidig være ekskludert fra alle andre muligheter for oppholdstillatelse av beskyttelsesgrunner. Likevel kan man ikke automatisk sende en slik person ut fra landet. I en viktig avgjørelse fra 2004 slo Council of State¹⁰² fast at dersom artikkel 1 F kan anvendes, men EMK artikkel 3 forhindrer utsending, må utlendingsforvaltningen gi en god begrunnelse for hvorfor de *de facto* lar personen bli i landet, men likevel ikke gir oppholdstillatelse (såkalt “tålt” opphold).¹⁰³ 1951-konvensjonen artikkel 33(2) kan også brukes som særskilt eksklusjonsgrunnlag, men blir sjeldent anvendt i praksis. Personer som faller inn under UNRWA mandatet blir også ekskludert under 1951-konvensjonen artikkel 1 D.

I Storbritannia kan man ikke gi opphold på humanitært grunnlag til personer som er definert som “serious criminals, including war criminals, terrorists or others who raise a threat to national security and anyone who is considered to be of bad character, conduct or associations”, det vil si de som utgjør en trussel mot samfunnet. De som er ekskludert fra beskyttelse under 1951-konvensjonen eller fra opphold på humanitært grunnlag (Humanitarian Protection) kan likevel bli gitt midlertidig oppholdstillatelse/skjønnsmessig opphold på maksimum tre år (såkalt “Discretionary Leave”), med færre rettigheter enn det annen status ville gitt dem.¹⁰⁴ Dersom en person er straffedømt for en særlig alvorlig

¹⁰¹ Denne muligheten er forutsatt i EUs statusdirektiv og i NOU 2004:20, *Ny Utlendingslov*.

¹⁰² “The Council of State is a constitutionally established advisory body to the government which consists of members of the royal family and Crown-appointed members generally having political, commercial, diplomatic, or military experience. The Council of State must be consulted by the cabinet on proposed legislation before a law is submitted to the parliament. The Council of State also serves as a channel of appeal for citizens against executive branch decisions”(<http://jurist.law.pitt.edu/world/netherlands.htm> (23.05.05).

¹⁰³ ABRvS 2 June 2004, JV 2004/279.

¹⁰⁴ http://www.ind.homeoffice.gov.uk/ind/en/home/laws_policy/policy_instructions/apis/humanitarian_protection0.html (23.05.05).

kriminell handling (“particularly serious crime”) som er nevnt i *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002* (Specification of Particularly Serious Crimes) Order 2004¹⁰⁵, vil de bli antatt å utgjøre en fare for det britiske samfunnet. Personen kan på dette grunnlag utelukkes fra beskyttelse, slik 1951-konvensjonen artikkel 33(2) gir adgang til. Personer som blir nektet asyl har rett til å anke saken til en ankesdomstol, *Asylum and Immigration Appeal Tribunal* (IAT), eller et spesialorgan; *Special Immigration Appeals Commission*. Etter *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* ble vedtatt, kan i prinsippet en asylsøker bli deportert uten at inklusjonsgrunnene er tatt opp til vurdering. Det er opp til Secretary of State (innenriksministeren) å avgjøre om personen skal ha rett på beskyttelse eller ikke.

Canada har det som tilsvarer 1951-konvensjonen artikkel 33 (2) i sin *Immigration and Refugee Protection Act*, subsection 115 (2). Her gis det adgang til å avskjære personer som har begått internasjonale forbrytelser fra å nyte godt av *non-refoulement* prinsippet i 1951-konvensjonen artikkel 33 (1). Det er i denne forbindelse verdt å merke seg at personer som mistenkes for alvorlige forbrytelser kan bli nektet å få sine asylsøknader vurdert av *Refugee Protection Division* (RPD), som er en avdeling under *Immigration and Refugee Board*. Dersom det fattes slik mistanke, er det en annen avdeling som avgjør om en person kan få sin asylsøknad vurdert av RPD, eller bli nektet slik saksbehandling (såkalt “inadmissibility”).

Canada har således et dobbelt utelukkelsessystem: (1) først vurderer man om søknaden om asyl kan behandles i det hele tatt, der kriteriet er om asylsøkeren kan ha begått en alvorlig forbrytelse. (2) Hvis asylsøknaden behandles, vurderer man om personen kan bli ekskludert. I praksis kan man derfor finne tilfeller hvor en person kan være flyktning, men blir nektet å få søknaden sin behandlet. Systemet minner om det britiske. Det som synes å være realiteten både i Canada og Storbritannia, er at en tilsvarende eksklusjonsadgang som den som følger av 1951-konvensjonen artikkel 1 F (b) er skilt ut i en særskilt utelukkelsesprosess uten realitetsbehandling av asylgrunnlaget.

3.4 Plikt til å ekskludere?

I praksis synes 1951-konvensjonens noe kategorisk utformete plikt til å ekskludere å ha blitt balansert mot andre internasjonale rettsprinsipper som skal beskytte personen fra tortur, forfølgelse eller drap. Disse reglene innebærer at asylsøkeren i visse tilfeller – til tross for utgangspunktet om eksklusjon – vil måtte gis beskyttelse, som illustrert i europeisk sammenheng av *Chahal*-saken.¹⁰⁶ På den annen side er det grunn til å understreke at den eventuelle plikten til å ekskludere i snever forstand kun gjelder flyktningestatus etter 1951-konvensjonen.¹⁰⁷

Som nevnt foran i del III, 3.3, synes ikke utlendingsmyndighetene i Norge å ha oppfattet det som en ubetinget plikt til å ekskludere når vilkårene for eksklusjon foreligger. Det såkalte proporsjonalitetsprinsippet blir anvendt i norsk asylpraksis ved at man vurderer alvorligheten i trusselen mot rikets sikkerhet opp mot faren for at asylsøkeren kan bli utsatt for overgrep ved hjemsendelse. I saker der internasjonale *non-refoulement* bestemmelser kommer til anvendelsen, jf EMK artikkel 3, CAT artikkel 3 eller SP artikkel 7, vil vedkommende uansett ikke bli sent tilbake. Det vil da normalt bli gitt en midlertidig oppholdstillatelse. Denne praksis er videreført i utkastet til den nye utlendingsloven § 85; “Utlending hvis eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 84, får en midlertidig oppholdstillatelse inntil hinderet for utsendelse bortfaller”. Forslaget til ny utlendingslov åpner imidlertid for mer aktiv vurdering av retur av personer med midlertidig oppholdstillatelse som er ekskludert fra flyktningestatus.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Tilgjengelig på <http://www.legislation.hmso.gov.uk/si/si2004/20041910.htm> (18.08.05).

¹⁰⁶ *Chahal v. United Kingdom* (dom av 15.11.1996). Se nærmere nedenfor om denne i del IV, 8.1.

¹⁰⁷ Om folkerettslig plikt til å ekskludere etter 1951-konvensjonen, se nærmere del IV, 6.

¹⁰⁸ *Ibid.*, s. 159.

I utgangspunktet er anvendelsen av artikkel 1 F i Canada ubetinget, det vil si at prinsippet om absolutt beskyttelse mot forfølgelse og umenneskelig behandling ikke blir praktisert. To omstendigheter vil likevel kunne medføre unntak: (1) Mulige tolknings-spørsmål som gjelder 1 F (for eksempel har den kanadiske Høyesterett tolket 1 F (c) “snevert”) og (2) det faktum at asylsøkeren kan påberope seg enkelte straffrihetsgrunner/formildende omstendigheter for å ha begått en forbrytelse som i utgangspunktet faller inn under artikkel 1 F (for eksempel “defences such as duress” - tvang).

Proporsjonalitetsprinsippet er blitt anvendt på to forskjellige måter i kanadisk rettspraksis. For det første har det blitt anvendt under hensyn til at den internasjonale forbrytelsen er begått under urettmessig tvang eller press (“the defense of duress”) sett i relasjon til artikkel 1 F (a).¹⁰⁹ For det andre har proporsjonalitetsprinsippet vært en forutsetning for å avgjøre om en 1 F (b) handling kan defineres som en politisk forbrytelse eller ikke.¹¹⁰ Det er derfor et tankekors at man i Canada i tillegg har en særskilt utelukkelsesprosedyre (“admissability”) i tilfeller av alvorlige straffbare handlinger hvor det ikke synes å være mulig å påberope proporsjonalitetsprinsippet.¹¹¹

Den danske Udlændingeloven § 10 forplikter myndighetene til ikke å gi oppholdstillatelse til de utlendinger som anses som (1) en fare for rikets sikkerhet, eller (2) en alvorlig trussel mot lov og orden, sikkerhet eller sunnhet, eller (3) å være omfattet av 1951-konvensjonen artikkel 1 F. Denne forpliktelsen er “absolutt og derfor untagelsesfri”. I følge Flyktningnævnet skal artikkel 1 F tolkes restriktivt. Det skal foretas en helhetsvurdering der man ser på de relevante formildende og skjerpende omstendigheter, inkludert grovheten og karakteren av forbrytelsen samt karakteren av den risikerte forfølgelse dersom vedkommende blir tilbakesendt (proporsjonalitetsvurderingen). Grovheten på forbrytelsen skal veie tyngre enn risikoen for eventuelt forfølgelse i denne helhetsvurderingen. I praksis vil likevel vernet mot *refoulement* bli tatt med i vurderingen, slik at vedkommende ikke blir sent ut av landet dersom det er reell fare for forfølgelse. Særlig i tilfeller av politiske forbrytelser vil det bli gjort en etterprøving av forholdet mellom det politiske mål og middelet i form av den straffbare handling, som kan frata forbrytelsen dens politiske karakter dersom handlingen blir vurdert som uforholdsmessig.¹¹²

Refouleringsvernet i Udlændingelovens § 31, stk. 1 er absolutt og dekker også konvensjonsflyktninger som omfattes av artikkel 1 F og således ikke nyter vern etter 1951-konvensjonen artikkel 33. Et avslag på utstedelse av oppholdstillatelse skal inneholde en avgjørelse om vedkommende kan sendes ut etter Udlændingelovens § 31. Prinsippet om absolutt beskyttelse, jf *Chahal*-saken, blir etterlevd i praksis, slik at personer som har gjort seg skyldig i grove overgrep likevel beskyttes mot alvorlige krenkelser.

I Nederland er det, i følge Aliens Circular, i prinsippet “an absolute obligation to exclude”. Det er likevel noe usikkerhet rundt fortolkningen av innholdet i forpliktelsen til å ekskludere. Før juni 2004 hadde Council of State bestemt at artikkel 1 F måtte anvendes før man vurderte inklusjon på basis av artikkel 1 A (2) p.g.a. av artikkel 1 F sin “obligatory nature” (jf formuleringen “shall not apply”). Etter juni 2004 har den nederlandske forvaltningen stått fritt til å avgjøre flyktningestatus på basis av artikkel 1 A (2) før de undersøker om personen kan ekskluderes fra flyktningestatus på grunnlag av artikkel 1 F. Situasjonen er dermed noe uklar. Det finnes visstnok ikke administrative retningslinjer og heller ingen saker om anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet under artikkel 1 F.

Dersom utvisning eller retur av en asylsøker i Nederland ville medføre et brudd på EMK artikkel 3, eller alternativt CAT artikkel 3 eller SP artikkel 7 (selv om disse spiller liten

¹⁰⁹ Se Appeal decision in *Equizabal* - <http://www.canlii.org/ca/cas/fca/1994/1994fca10022.html>).

¹¹⁰ Se Federal Court of Appeal decision in *Gil* - <http://www.canlii.org/ca/cas/fca/1994/1994fca10031.html>

¹¹¹ Jf foran del III, 3.3.

¹¹² Det er nokså omfattende rettspraksis i Danmark på forpliktelsen til å ekskludere og proporsjonalitetsprinsippet: Kina/2004/5, Stat.pal/2004/12, INF31/27, BR11/239, BR11/235, BR10/154, BR8/162. Se også motsatt Afg/2004/14, hvor vedkommende ble utelukket fra beskyttelse under henvisning til artikkel 1 F.

rolle i nederlandsk praksis), kan ikke utsendelsen finne sted.¹¹³ Prinsippet om absolutt beskyttelse (som i *Chahal*-saken) blir etterfulgt i praksis.

Britisk rettspraksis tilsier at man er *nødt* til å anvende artikkel 1 F dersom vilkårene er oppfylt. I likhet med Danmark, men i motsetning til Norge og Nederland, blir det altså ikke overlatt til forvaltningens skjønn om bestemmelsen skal anvendes eller ikke.¹¹⁴ Dersom en person er straffedømt for en særlig alvorlig kriminell handling (“particularly serious crime”) som er nevnt i *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002* (Specification of Particularly Serious Crimes) Order 2004¹¹⁵, vil vedkommende bli antatt å utgjøre en fare for det britiske samfunnet. Personen kan på dette grunnlag ekskluderes fra beskyttelse i samsvar med 1951-konvensjonen artikkel 33(2). Personen som blir nektet asyl har rett til å anke saken til en ankesdomstol, *Asylum and Immigration Appeal Tribunal* (IAT), eller et spesialorgan; *Special Immigration Appeals Commission*. Etter at *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* ble vedtatt, kan i prinsippet en asylsøker bli deportert uten at inklusjonsgrunnene er tatt opp til vurdering. Proporsjonalitetsprinsippet har blitt diskutert i en rekke saker i Storbritannia, men regelen er at det *ikke* skal anvendes som en skranke mot utsendelse ved at alvorligheten av en kriminell handling veies mot risikoen ved tilbakesendelse.¹¹⁶ Det er opp til Secretary of State (innenriksministeren) å avgjøre om personen skal ha rett til beskyttelse eller ikke. Praksis i Storbritannia er lik den i Nederland og Canada på dette punktet. Rettspraksis i Storbritannia viser at man hittil har respektert prinsippet om absolutt beskyttelse etter EMD sin avgjørelse i *Chahal*-saken.

3.5 Opphør

Utvalgte opphørsspørsmål er drøftet fra en folkerettslig synsvinkel i del V i denne rapporten. Her gir vi noen glimt fra praksis i de landene som inngår i den komparative undersøkelsen ved å rette fokus mot to ting: (1) frivillighetsprinsippet og (2) spørsmålet om hvorvidt opphør krever noe annet enn ny vurdering av inklusjonsgrunnene.

I Norge varierer tolkingen og anvendelsen av frivillighetsprinsippet fra sak til sak. I tråd med UNHCRs retningslinjer vil for eksempel ikke et besøk til hjemlandet av “nødvendige årsaker” (eksempelvis begravelse eller ordning av visse formelle papir osv) automatisk føre til opphør av flyktingestatus.¹¹⁷ Frivillighetsprinsippet har bl.a. vært et viktig punkt i den mye omtalte *Krekar*-saken. I korte trekk er saken denne: Krekar er – etter å ha fått innvilget asyl i Norge – mistenkt for å ha medvirket til handlinger i Irak som var rettet mot sivile og som kan defineres som krigsforbrytelser. Man har vurdert straffesak i Norge, men denne ble henlagt på grunn av bevismangel. Flyktingestatus er senere tilbakekalt fordi asylinnvilgelse var basert på feil opplysninger fordi flere reiser til hjemlandet medførte opphør av flyktingestatus etter artikkel 1 C (1).

Dersom situasjonen i hjemlandet endrer seg, er spørsmålet om man skal ha en ny vurdering av inklusjonsgrunnlaget (artikkel 1 A) eller om man skal vurdere opphør etter

¹¹³ I en avgjørelse fra EMD ble det likevel konstatert krenkelse av EMK artikkel 3 i en nederlandsk asylsak, jf *Case of Said v. The Netherlands* (Application no 2345/02), judgment Strasbourg, 5 July 2005.

¹¹⁴ Se *Gurung v Secretary of State for the Home Department* [2002] UKIAT 04870 – <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/uk/cases/UKIAT/2002/04870.html&query=Gurung+&method=all> (23.05.05).

¹¹⁵ Tilgjengelig på <http://www.legislation.hmso.gov.uk/si/si2004/20041910.htm> (18.08.05).

¹¹⁶ For en diskusjon av proporsjonalitetsprinsippet, se *KK Turkey v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKIAT 00101 – <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/uk/cases/UKIAT/2004/00101.html&query=KK+Turkey+&method=all> (23.05.05). I en annen sak, *T v SSHS, Singh and Singh v SSHD*, uttales det at “There is in the United Kingdom clear authority against applying any principle of proportionality to exclusion under Article 1 F”.

¹¹⁷ Se nærmere nedenfor i del V, 2.2.

artikkel 1 C (5). Anvendelse av artikkel 1 C (5) i norsk praksis vil ikke nødvendigvis medføre noe annet enn en ny vurdering av inklusjonsgrunnene (artikkel 1 A (2)).¹¹⁸

Kanadiske *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA, 2001) Seksjon 108 definerer de forhold som gjelder opphør av flyktningestatus, i samsvar med 1951-konvensjonen artikkel 1 C. En person kan blant annet miste sin flyktningestatus dersom “the person has voluntarily reavailed himself of the protection of his country of nationality”. De tre vilkårene (i tråd med UNHCR Håndboken) som gjelder for opphør på grunn av “re-availment” er (1) frivillighet (flyktningen må ha handlet frivillig), (2) intensjon (flyktningen må ha hatt som intensjon å søke beskyttelse av hjemlandet), og (3) beskyttelse (det vil si at flyktningen må faktisk oppnå den nødvendige beskyttelse i hjemlandet). Selv om muligheten for opphør eksisterer, blir artikkel 1 C sjelden anvendt i praksis. Det er ministeren (Minister of Citizenship and Immigration) som må ta initiativet til om en opphørssak skal bli fremmet for *Immigration and Refugee Board*, for endelig avgjørelse.

Opphør av flyktningestatus kan i Canada berøre to kategorier av personer, ettersom flyktningestatus kan bli gitt både til personer som oppfyller vilkårene som konvensjons-flyktninger og til andre personer som trenger beskyttelse.¹¹⁹

Unntak for opphørsgrunnene “for compelling reasons” nedfelt i artikkel 1 C 5(2) er anvendt i kanadisk lov. Det vil si at selv om grunnene til at en person søker asyl bortfaller på grunn av endringer i hjemlandet, så vil status som flyktning ikke opphøre dersom det foreligger “compelling reasons”.

Når det gjelder opphør av flyktningestatus etter artikkel 1 C (1) og 1 C (4), blir det i Flyktningnævnets praksis lagt vekt på prinsippet om frivillighet, både når det gjelder utlendingens utreise fra Danmark, innreisen til hjemlandet/tredjelandet, og oppholdet/etableringen i hjemlandet/tredjelandet. Man legger dessuten vekt på lengden av oppholdet i utlandet. Det avgjørende for at frivillighetsprinsippet skal være oppfylt er om flyktningen selv har truffet de forskjellige valgene som har ført til utreise, innreise og etablering. Vurderingene er således basert på de subjektive omstendigheter i saken. I enkelte saker, derimot, har det også blitt lagt vekt på de objektive omstendighetene, på en slik måte at det subjektive frivillighetskravet ikke blir vurdert i avgjørelsen. I slike saker blir det lagt avgjørende vekt på lengden av oppholdet i utlandet, og mindre vekt på flyktningens subjektive hensikt.¹²⁰

Etter Udlændingelovens § 19 krever anvendelsen av opphørsgrunnene generelt en vurdering av om grunnlaget for innvilgelse av oppholdstillatelsen i utgangspunktet var uriktig eller ikke lenger er til stede, eller at forholdene i hjemlandet har endret seg på en slik måte at flyktningen ikke lenger risikerer forfølgelse. Det blir deretter foretatt en helhetsvurdering av i hvilken grad en eventuell tilbakesendelse vil være en belastning for flyktningen i forhold til en rekke ulike faktorer: de bånd som er etablert i Danmark, hvor gammel personen var da han kom til Danmark, konsekvensene for familiemedlemmer ved eventuell tilbakesendelse osv. Før 2002 var lengden på utlendingens opphold i Danmark et selvstendig kriterium i helhetsvurderingen, men dette falt bort med lovendringene i kjølvannet av 9/11.

I Nederland har det såkalte frivillighetsprinsippet i artikkel 1 C blitt anvendt kun i noen få saker som gjelder irakiske kurdere med flyktningestatus, som reiste tilbake til

¹¹⁸ Som et eksempel på en norsk rettssak hvor dette prinsippet har vært diskutert, se M.V. mot Staten (Norge, 1997) diskutert i Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, 2000, s 529-33.

¹¹⁹ *The Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). Seksjon 96 inkorporerer 1951-konvensjonens flyktningdefinisjon. Seksjon 97 av IRPA inkorporerer visse artikler fra CAT og SP.

¹²⁰ For saker som gjelder anvendelsen av frivillighetsprinsippet (der personen frivillig har gitt opp bopel i Danmark og etablert seg i hjemlandet), se for eksempel BR12/56, BR12/58, BR10/23, INF46/34, BR9/54, BR8/29 og femten andre saker (diskutert i den danske landrapporten, s. 18-20). I disse sakene varierer lengden på opphold/bopel i hjemlandet mellom 1 ½ til 4 år før opphørssaken kom opp i Danmark. I dansk rettspraksis finnes det også eksempel på etablering i hjemlandet, men hvor denne ikke var frivillig, som i sakene Somalia/2004/2 (tvangsmessig repatriering), BR12/57 (tvunget av familien til å reise), BR9/56 (oppholdsgrunnlag av midlertidig karakter), BR8/32 (flyktningen psykisk syk), BR8/33 (flyktningen psykisk syk), BR5/368 (personlighetsforstyrrelse).

autonome Nord-Irak før 2003. Det sentrale spørsmålet i disse sakene var om asylsøkerne var reist tilbake til Irak av egen fri vilje. Det ble ikke tatt hensyn til om de faktisk var beskyttet av myndighetene i Sør-Irak eller ikke. Utover disse spesifikke sakene, er artikkel 1 C så sjeldent anvendt i Nederland at man vanskelig kan si noe om rettsanvendelsen. Man holder det for gitt at det er strengere krav for å anvende artikkel 1 C (5) enn artikkel 1 A (2). Dette fordi man må ha gode bevis for at endringen av situasjonen i hjemlandet er av en varig karakter før man vurderer å sende en flyktning tilbake.

Selv om det ikke finnes rettspraksis på frivillighetsprinsippet i Storbritannia, anser man det for sannsynlig at hvis en slik sak hadde kommet opp for britiske domstoler eller forvaltning, så ville relevant rettspraksis fra andre Commonwealth-land bli sett på som retningsgivende, for eksempel at kanadisk rett kan bli et nyttig referansepunkt i denne sammenhengen. Når det gjelder opphør av flyktningestatus etter artikkel 1 C (5), har en britisk ankesdomstol slått fast at i visse tilfeller kan en endring i grunnen til innvilgelse av asyl (i det aktuelle tilfellet gjaldt det et regjeringsskifte) medføre opphør av flyktningestatus.¹²¹ Endringen må likevel være av dyptgående, ikke midlertidig, karakter. Det er tilfluktstaten som i utgangspunktet må bevise at relevant endring har funnet sted.

3.6. En avsluttende kommentar

På bakgrunn av den komparative undersøkelsen kan det være grunn til å bemerke følgende: Canada synes å ha kommet lengst i utviklingen av avanserte eksklusjonsprosedyrer, detaljert lovgivning og spesialorganer med henblikk på å kunne håndtere mistenkte krigsforbrytere. Dette landet har også opprettet tett samarbeid med internasjonale straffedomstoler. Også Danmark synes å ha kommet godt i gang med å etablere spesialorganer og interne samarbeidsrutiner mellom utlendingsforvaltning og politiet med henblikk på etterforskning av internasjonale krigsforbrytere.

Særlig i Canada, til dels i Storbritannia og i mindre grad i Nederland, har nasjonale domstoler generelt bidratt til viktig rettsutvikling og rettsavklaring, herunder gjennom presiserende fortolkning av 1951-konvensjonen og andre folkerettslige regler på området. Danmark har ikke domstolskontroll av asylforvaltningen, mens domstolene i Norge i svært liten grad har bidratt til å avklare rettstilstanden på dette området.

Som ledd i anti-terrorlovgivning er det i Storbritannia etablert en særskilt prosedyre, kalt "certification", for det tilfellet at en asylsøker blir mistenkt for medvirkning til terrorisme. I medhold av denne prosedyren kan en utlending bli klassifisert som "mistenkt internasjonal terrorist".

Når det gjelder materielle rettsregler, er det i samspillet mellom forvaltning og domstoler i Canada utviklet en interessant lære om medvirkning som grunnlag for eksklusjon, særlig med henblikk på medlemskap i organisasjoner som er involvert i internasjonale forbrytelser. Et annet interessant aspekt gjelder beviskravet i eksklusjonssaker. Her synes Norge å legge til grunn det strengeste kravet av landene i undersøkelsen.

Den komparative undersøkelsen illustrerer blant annet at vestlige stater som folkerettslig er bundet av mange av de samme regler, likevel har til dels nokså ulik praksis i viktige eksklusjonsspørsmål. Det kan i seg selv gi nyttige innspill til hvorledes praksis kan og bør utvikles videre i norsk rett. Samtidig er det viktig å være klar over at den komparative delen kun gjelder noen få utvalgte land. Det tilsier varsomhet i forhold til å trekke bastante konklusjoner om den internasjonale rettstilstanden. I del IV-VI følger en teoretisk, rettslig gjennomgang av tema og problemstillinger som er tatt opp i landstudien. I resten av rapporten baserer vi oss på folkerettslige rettskilder.

¹²¹ Se *Mohammed Arif v SSHD* [1999] 1 Imm AR 271.

IV Eksklusjon

1 Generelle utgangspunkter

1.1 Vilkår for og rettsvirkninger av eksklusjon

1951-konvensjonen inneholder unntak fra retten til vern som “flyktning”, jf artikkel 1 D-F. Dette gjelder for det første personer som får beskyttelse eller bistand fra UNHCR (D) og for det andre personer som blir likestilt med statens egne borgere i tilfuktsstaten (E). For det tredje gjelder det enhver person som det er tilstrekkelig grunn til å tro har begått visse kriminelle handlinger (F); (a) ved å ha startet ulovlige krigshandlinger (en aggresjonsforbrytelse, også kalt en forbrytelse mot freden) eller ved å ha begått krigsforbrytelser eller forbrytelser mot menneskeheten, (b) alvorlig ikke-politisk kriminalitet eller (c) handlinger i strid med FNs formål og prinsipper. I engelsk fagterminologi er hele dette regelsettet referert til som “the exclusion clauses”. Hvordan eksklusjon etter konvensjonen mer presist inntreffer, varierer med eksklusjonsgrunnlaget.¹²² Det er i denne forbindelse grunn til å påpeke at de forskjellige eksklusjonsreglene har til dels helt ulike begrunnelser.¹²³

Begrepet eksklusjon brukes generelt sett om tilfeller hvor en person blir utelukket fra noe vedkommende ønsker, i vår sammenheng at en asylsøker utelukkes fra status og rettigheter som flyktning. Men det kan også benyttes når en person fratas noe vedkommende har hatt, som hvor en tidligere ervervet status som flyktning fratas vedkommende med hjemmel i artikkel 1 F. I det siste tilfellet får eksklusjon en viss likhet med opphør av flyktningestatus (jf nedenfor del V).

Konsekvensene av “eksklusjon” er potensielt svært alvorlige for den det gjelder. En person som av denne grunn ikke kan anerkjennes som flyktning, har da for det første ikke vern etter 1951-konvensjonen mot å bli returnert til forfølgelse eller krav på rettigheter som flyktning under oppholdet i tilfluktsstaten, jf henholdsvis artikkel 33 (*non-refoulement*) og artiklene 3-32 (øvrige rettigheter). For det andre kan det være knyttet særlige rettigheter til status som konvensjonsflyktning i nasjonal rett, for eksempel en utvidet adgang til familiejenforening eller spesielle stønadsordninger for flyktninger, som bortfaller. For det tredje kan det tenkes at eksklusjonsvirkningen også rammer annet grunnlag for opphold enn status som flyktning, for eksempel innvilget eller mulig oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Når det gjelder rettsvirkningene mer presist, vil supplerende internasjonal rett, innretningen av nasjonal rett i det enkelte land og den konkrete myndighetsutøvelsen i tilfluktsstaten være avgjørende.

I norsk rett er det fastsatt i utlendingsloven § 16 annet ledd første punktum at en flyktning som omfattes av artikkel 1 D-F helt eller delvis kan utelukkes fra det lovbestemte vernet for flyktninger, med unntak for saksbehandlingen. Vern mot forfølgelse i medhold av § 15 gjelder likevel for flyktninger som omfattes av artikkel 1 D-E, jf § 16 annet ledd annet punktum. Etter bestemmelsens ordlyd gjelder ikke vernet mot forfølgelse når artikkel 1 F får anvendelse. Det samme fremgår av § 15 tredje ledd annet punktum. Loven må imidlertid her suppleres av internasjonale forbud mot retur til umenneskelig behandling også når artikkel 1 F er anvendelig, jf utlendingsloven § 4 og menneskerettsloven §§ 2 og 3 som inkorporerer og gir forrang til blant annet EMK artikkel 3 (jf nedenfor del IV, 8.2)

¹²² I denne studien fører det for langt å gå nærmere inn på dette i generell form. Se nærmere *Einarsen 2000*, s. 540-542.

¹²³ *Ibid*, s. 544-546.

1.2 Harmoniseringsproblemet

Som det fremgår også av den komparative undersøkelsen foran, vil konsekvensene av at vilkårene for eksklusjon er til stede kunne bli nokså forskjellige alt etter hvilket land utlendingen befinner seg i. Dette kan hevdes å være uheldig av flere grunner, blant annet ut fra likhetshensyn.

Generelt sett foreligger det et internasjonalt harmoniseringsproblem. Det er riktignok ikke lett å se hvorledes dette problemet skal kunne løses helt, i og med at internasjonale regler om flyktninger og menneskerettigheter er minimumsregler hvor statene som den store hovedregel står fritt til å tilby utvidet vern. Men problemet stikker dypere enn som så, ved at ulikhetene også gjelder fortolkningen og den direkte anvendelsen av de viktige, felles minimumsreglene i 1951-konvensjonen artikkel 1 F.

En mer ensartet og forutberegnelig praktisering både når det gjelder eksklusjonsvilkårene og rettsvirkningene må antas å være fordelaktig for de fleste asylsøkere, flyktninger og mottakerstater. Rettspraksis på dette feltet har også en side mot bekjempelse av internasjonal terrorisme og andre grove forbrytelser. Et viktig ledd i en slik kamp for lov og rett er at alvorlige forbrytelser blir avdekket gjennom innsamling av informasjon og etterforskning, noe som igjen forutsetter internasjonalt samarbeid og en viss solidaritet og byrdefordeling med hensyn til å avdekke forbrytelser. Avskjæring av mistenkte fra å ta opphold i et land er i seg selv ikke tilstrekkelig i så måte, selv om det i dette perspektiv er verst å gi trygt opphold til mistenkte storforbrytere uten at noe mer blir gjort med saken. Poenget er at verken den stat som opererer med vidtgående eksklusjonsregler og en summarisk eksklusjonsprosess, eller den stat som i det lengste velger å overse eksklusjonsproblematikken, uten at de mistenktes fortid blir underkastet nærmere etterforskning og juridisk vurdering, bidrar særlig konstruktivt til bekjempelse av internasjonal terrorisme og annen grov kriminalitet. I begge tilfeller svikter staten dessuten sitt moralske og folkerettslige ansvar for å sikre at de mest alvorlige forbrytelser resulterer i rettferdig straffeforfølgning, enten for en internasjonal domstol, i et annet land eller i tilfluktsstaten selv.¹²⁴

Inntil det eventuelt opprettes en internasjonal flyktningsdomstol med kompetanse til blant annet å harmonisere fortolkningen av artikkel 1 F, er harmonisering av eksklusjonspraksis ved hjelp av retningslinjer og anbefalinger fra internasjonale organer som FN og EU, men først og fremst fra UNHCR, den vei som etter vårt syn bør foretrekkes. UNHCR har formelt sett posisjon som veileder for 1951-konvensjonens medlemsstater i medhold av artikkel 35 og er dessuten veileder for de øvrige FN-medlemmer, jf UNHCR-statuttene punkt 8 bokstav (a).¹²⁵ Rettsavdelingen i UNHCR følger nøye med på utviklingen av så vel nasjonal asylrett som internasjonal flyktningerett, herunder de tilstøtende områder som strafferett, utleveringsrett, humanitær rett og menneskerettigheter. En lite farbar vei, etter vår mening, er at enkeltland plukker med seg "godbiter" fra et annet lands asylpraksis uten å ha noe fullstendig bilde av den samlede rettsstillingen der, eller uten en kritisk vurdering av om praksisen lojalt etterlever de folkerettslige minimumsregler.

Med dette som et bakteppe har vi i det følgende forsøkt å foreta en praktisk rettet gjennomgang av folkerettslige spørsmål som er aktuelle i eksklusjonsvurderingen.

¹²⁴ Jf Geoff Gilbert, *Current issues in the application of the exclusion clauses*, [i:] *Refugee Protection in International Law*, 2003 UNHCR, s. 478: "[A] State that simply denied refugee status and returned an applicant falling within Article 1 F may well be failing in its international obligations with respect to ensuring the prosecution of war criminals and serious non-political criminals."

¹²⁵ Jf foran del II, 2.

2 Eksklusjon etter artiklene 1 D og 1 E

2.1 Utelukkelse på grunnlag av alternativ internasjonal bistand

Personer omfattet av artikkel 1 D er utelukket fra vern etter 1951-konvensjonen med den begrunnelse at det her dreier seg om flyktninger som allerede mottar særskilt internasjonal beskyttelse eller assistanse fra andre enn UNHCR. Det historisk sett viktige og i praksis fortsatt eneste aktuelle tilfellet gjelder arabiske flyktninger fra det tidligere Palestina. De omfattes av mandatet for den spesielle FN-organisasjonen som i 1949 ble opprettet for å håndtere og som stadig håndterer akkurat denne flyktningegruppen, United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees (UNRWA). En slik person blir dermed ikke flyktning i konvensjonens forstand selv om vedkommende krysser en internasjonal grense og for øvrig oppfyller kriteriene i den generelle flyktningedefinisjonen i artikkel 1 A (2). Poenget er at eksistensen av bistand fra UNRWA i det området som personen kommer fra medfører automatisk utelukkelse, noe som vedvarer inntil den internasjonale bistanden eventuelt opphører. I så fall vil vedkommende igjen være berettiget til vern som flyktning etter konvensjonen, jf annet ledd i artikkel 1 D. Prinsipielt sett er derfor utelukkelse i medhold av denne bestemmelsen på midlertidig basis, men for personer i nevnte gruppe har eksklusjonen i praksis vært permanent.

Ser man nærmere på artikkel 1 D, og hvorledes bestemmelsen har fungert siden 1951, kan begrunnelsen for den neppe sies å være særlig sterk ut fra likhetsbetraktninger og et nåtidig folkerettslig perspektiv. En antakelig viktig grunn til at bestemmelsen i det hele tatt ble inntatt i konvensjonen, var at de arabiske stater den gangen ønsket å synliggjøre FNs særlige ansvar for de palestinske flyktningene, som det kunne hevdes var et direkte resultat av FNs medvirkning til etablering av staten Israel etter annen verdenskrig. Konsekvensen har imidlertid vært at palestinerne er kommet dårligere ut enn andre grupper flyktninger når det gjelder retten til å søke asyl. Det kan heller ikke antas at UNRWA har ytet bedre bistand til palestinske flyktninger enn hva UNHCR har ytet til mange andre grupper.

I nasjonal rett er det ikke alle land som har gitt artikkel 1 D anvendelse på asylsøkere fra områder hvor UNRWA har ytet bistand; Canada er et eksempel her. Heller ikke i Norge synes bestemmelsen å ha vært benyttet før muligens i de aller seneste år. Etter vår oppfatning er en slik tilbakeholdenhet velbegrunnet, til tross for den tilsynelatende kategoriske formuleringen i artikkel 1 D om at konvensjonen i slike tilfeller ikke får anvendelse ("shall not apply"), jf nærmere nedenfor i del IV, 6.

Når det gjelder den nærmere fortolkning av bestemmelsen, vises det til faglitteraturen.¹²⁶ Det skal imidlertid påpekes at artikkel 1 D prinsipielt sett har et potensial som favner videre enn de palestinske flyktningene. En kan for eksempel tenke seg at FN i fremtiden oppretter nye institusjoner som del av et helhetlig opplegg for håndtering av masseflyktsituasjoner. Hvis FN dermed påtar seg et utvidet ansvar for flyktningene i forhold til hva mandatet for UNHCR legger opp til, vil det med større berettigelse kunne stilles spørsmål om anvendelse av artikkel 1 D på asylsøkere som reiser fra de aktuelle områdene.¹²⁷

2.2 Likestilling med tilflyktsstatens egne borgere

Likestilling med tilflyktsstatens egne borgere skal etter artikkel 1 E medføre unntak fra retten til vern som flyktning. Vilkåret er at myndighetene i tilflyktsstaten legger til grunn at vedkommende utlending i det alt vesentlige har de samme rettigheter og forpliktelser som en statsborger av landet, altså uten å ha ervervet formelt statsborgerskap.

¹²⁶ Se med videre henvisninger, *Einarsen 2000*, s. 549-553.

¹²⁷ En mulig modell for slik utvidet FN-beskyttelse er presentert og drøftet i Terje Einarsen, "Mass Flight: The Case for International Asylum", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 7 No. 4, Oxford University Press, 1995.

Bakgrunnen for artikkel 1 E var de etnisk tyske flyktningene fra Øst-Europa som strømmet til Tyskland like etter annen verdenskrig. De ble blant annet ved en særskilt bestemmelse i den nye tyske grunnloven umiddelbart ansett og behandlet som tyske borgere, selv om de aldri før hadde bodd innenfor Tysklands grenser. Bestemmelsen var delvis begrunnet i et ønske om å holde de tyske flyktningene kollektivt utenfor konvensjonen, fordi mange av dem ble ansett for å ha frivillig medvirket på Hitlers side under krigen.

I flyktningerettslig teori og praksis er det antatt at det kan aksepteres et visst avvik i rettsstillingen i disfavør av asylsøkerne sammenliknet med statsborgerne i tilfluktsstaten, uten at det stenger for å anvende artikkel 1 E. Men fordi rettsstillingen i det vesentlige må være lik for at dette unntaket fra retten til vern som flyktning skal få anvendelse, og fordi bakgrunnen for bestemmelsen er så spesiell, har artikkel 1 E svært avgrenset praktisk betydning. Merk at erverv av et nytt, formelt statsborgerskap, som samtidig innebærer reell beskyttelse, leder til at retten til vern som flyktning opphører i medhold av artikkel 1 C (3).

For øvrig vil verken asyl eller opphold på humanitært grunnlag i norsk rett utløse anvendelse av artikkel 1 E. Heller ikke en varig bosettingstillatelse vil være nok, fordi det fortsatt er viktige forskjeller mellom norske statsborgeres og fast bosatte utlendingers sivile rettsstilling. En mulig anvendelse av artikkel 1 E i våre dager må derfor snarere knyttes til asylsøkere som befinner seg i – eller som først flyktet til – et naboland av sitt eget hjemland. Et mulig eksempel er etniske serbere fra Bosnia eller Kroatia, som flyktet til Serbia og Montenegro under krigen i 1992-95.¹²⁸

3 Eksklusjon etter artikkel 1 F

3.1 Historisk og normativ kontekst

Bestemmelsene i artikkel 1 F er ment å rette seg mot personer som oppfyller kriteriene for flyktningestatus i artikkel 1 A, men som likevel ikke regnes som verdige kandidater til beskyttelse som flyktning. Allerede i mandatet for International Refugee Organization (IRO), som ble opprettet i 1946 for å håndtere flyktningeproblemet i Europa etter annen verdenskrig, var det bestemmelser basert på den samme tankegangen. IRO skulle blant annet ikke yte bistand til krigsforbrytere, personer som hadde deltatt i forfølgelse av sivilbefolkning, kriminelle som kunne utleveres i henhold til traktat eller personer som etter annen verdenskrig hadde deltatt i en terroristorganisasjon.¹²⁹ Verdenserklæringen om menneskerettigheter bygger på mye av den samme tankegangen når det i artikkel 14 punkt 2 er slått fast at retten til å søke og nyte asyl mot forfølgelse ikke gjelder i tilfeller av straffeforfølgning som reelt springer ut av ikke-politiske forbrytelser eller handlinger som strider mot FNs formål og prinsipper.

Under forarbeidet til 1951-konvensjonen ble det fremholdt at hensynet til andre flyktninger, hensynet til staters respekt for flyktningeretten og hensynet til å forebygge fremmedfrykt gjorde det nødvendig å skille mellom legitime og illegitime flyktninger. Dette samsvarte med FNs formål og institusjonaliserte skepsis til en verdinøytral rett i grunnleggende spørsmål. Verdenserklæringen om universelle menneskerettigheter, rettsoppgjøret med nazistene etter annen verdenskrig og konturene av en internasjonal strafferett i form av Nürnberg-prinsippene sto sentralt i dette bildet. Teorien bak Nürnberg-prinsippene var at visse forbrytelser er av en slik karakter og grovhet at de er straffbare i kraft av overordnede, normativt gjeldende rettsprinsipper, uavhengig av om straffebudene på forhånd er forankret i traktat eller annet skriftlig grunnlag. På denne bakgrunn ville det ta seg dårlig ut om krigsforbrytere skulle få flyktningestatus etter 1951-konvensjonen.

Videre ble det under utformingen av artikkel 1 F tatt hensyn til prinsippet om at en stat enten selv skal straffeforfølge en person som er mistenkt for alvorlige straffbare

¹²⁸ For en noe nærmere redegjørelse for artikkel 1 E, se *Einarsen 2000*, s. 553-557.

¹²⁹ IRO-konstitusjonen Annex I Part II ("Persons who will not be the Concern of the Organization").

handlinger eller utlevere vedkommende til en annen stat med henblikk på rettmessig straffeforfølgning der (*aut dedere aut judicare*). Bestemmelsene i artikkel 1 F er således helt fra starten av knyttet til internasjonal strafferettspleie og utviklingen av den internasjonale strafferetten.¹³⁰ Det folkerettslige innholdet i artikkel 1 F må til enhver tid forstås i lys av denne koblingen, men det er samtidig grunn til å fremholde at eksklusjonsspørsmålet stadig og prinsipielt sett er en del flyktningeretten.

3.2 Objektive vilkår for eksklusjon: Hjemmelskravet

3.2.1 Eksklusjonsgrunnlaget

Eksklusjon fra retten til vern som flyktning må kunne forankres i 1951-konvensjonen artikkel 1 F. Det er en kortfattet bestemmelse, tatt i betraktning de ofte komplekse underliggende realiteter i en eksklusjonsvurdering. Den gjengis her i sin helhet:

“F. The provisions of this Convention shall not apply to a person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

- (a) he has committed a crime against peace, a war crime or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;
- (b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;
- (c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.”

Eksklusjonsbestemmelsene skal i praksis anvendes av myndighetene i tilfluktsstaten. Artikkel 1 F er i dette perspektiv en hjemmelsbestemmelse, i den forstand at et vedtak om eksklusjon fra retten til vern som flyktning må ha hjemmel i minst en av de fem nevnte alternativene i klausulene a-c, slik de skal forstås etter en folkerettslig forsvarlig fortolkning. Myndighetene i tilfluktsstaten må for dette formål identifisere en konkret ekskluderbar handling, som omfattes av virkeområdet for artikkel 1 F.

Konvensjonen er således bygget på et *legalitetsprinsipp*, hvor det ikke er rom for andre grunner eller nye kriterier for eksklusjon. Eksklusjonsgrunnene er med andre ord uttømmende. Tilføyelse eller analogisk anvendelse av nye grunner krever formell traktatrevisjon. Medlemsstatene er heller ikke gitt adgang til å reservere seg mot “manglende” eksklusjonsgrunner som eventuelt burde ha vært inntatt i konvensjonen, jf reservasjonsforbudet i artikkel 42 som gjelder hele artikkel 1. Legalitetsprinsippet er for øvrig også nedfelt i ICC-statuttene artikkel 22 og artikkel 23. Av artikkel 22 punkt 2 fremgår det at definisjonen av de straffbare handlinger etter statuttene skal tolkes restriktivt og skal ikke kunne utvides per analogi. Hvis det er tvil om hvorvidt en handling omfattes av statuttene, skal definisjonen av den straffbare handling tolkes i favør av siktede.

Hvilke ekskluderbare handlinger som faller inn under artikkel 1 F og de fem hovedkategoriene der, er et omfattende spørsmål. Det er nok å peke på at begreper som forbrytelser mot freden (aggressorforbrytelser), krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten, jf artikkel 1 F (a), og hvilke handlinger disse kategoriene kan omfatte, er blitt forsøkt definert, utpenslet og presisert i forskjellige internasjonale instrumenter og i rettspraksis ved internasjonale domstoler. Heller ikke begreper som alvorlig ikke-politisk kriminalitet i artikkel 1 F (b) eller handlinger i strid med FNs formål og prinsipper i artikkel 1 F (c) er på noen måte selvforklarende. I denne studien vil det imidlertid føre for langt å redegjøre nærmere for hvilke straffbare handlinger det mer presist kan være tale om innenfor de fem

¹³⁰ Jf foran del II, 3.

nevnte kategorier.¹³¹ Enkelte presiseringer og utgangspunkter ved fortolkningen er likevel på sin plass.

Det er verdt å merke seg at artikkel 1 F (a) og (c) ikke har noen tidsmessige eller geografiske begrensninger. Handlinger begått i tilfluktsstaten eller under et besøk i utlandet etter at vedkommende har fått opphold, kan derfor danne grunnlag for eksklusjon. Det gjelder heller ingen foreldelsesfrist i forhold til slike internasjonale forbrytelser. Artikkel 1 F (b) er derimot begrenset til forbrytelser begått utenfor tilfluktsstaten før ankomsten. Forbrytelser begått i tilfluktsstaten kan imidlertid føre til utvisning og unntak fra vernet mot retur (*refoulement*), jf 1951-konvensjonen artikkel 32 og artikkel 33 punkt 2.

Et generelt metodisk poeng er at det i eksklusjonssaker er viktig å arbeide ut fra et mest mulig korrekt folkerettslig kildegrunnlag, og at dette stadig krever oppdatering blant om utviklingen innenfor internasjonal strafferett.¹³² Dette fremgår nærmest direkte av formuleringen i artikkel 1 F (a), om at kategoriene der skal forstås som definert i internasjonale avtaler om slike forbrytelser. Utgangspunktet her var definisjonene i London-pakten som utgjorde det rettslige grunnlaget for rettsoppgjøret i Nürnberg, men i dag er den relevante avtalelisten langt mer omfattende. Det var nettopp en slik rettsutvikling som var forutsatt og forutsett i 1951. Viktige instrumenter er blant andre Genève-konvensjonene med protokoller om beskyttelse av personer i krig og væpnede konflikter og statuttene for de internasjonale strafferettstribunal som er blitt etablert i løpet av de siste 12 år, herunder for Jugoslavia og Rwanda, men ikke minst Den internasjonale straffedomstolen (ICC).¹³³ Et annet sentralt kildegrunnlag er det materiellrettslige kodifiseringsarbeidet til Folkerettskommisjonen (International Law Commission), jf særlig den 50-årige sluttsteinen i form av *Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind* (ILC Code), som også er av betydning for fortolkningen av 1951-konvensjonen artikkel 1 F (c) og i noen grad også artikkel 1 F (b).¹³⁴ I fremtiden vil trolig rettspraksis fra ICC bli den internasjonale strafferettens viktigste kilde når det gjelder løsningen av tvilsspørsmål knyttet til hjemlene i 1951-konvensjonen artikkel 1 F (a).¹³⁵

Et annet generelt poeng i relasjon til eksklusjonsgrunnlaget er at forbrytelser i form av *folkemord* utvilsomt er omfattet som “a crime against humanity” innenfor rammen av artikkel 1 F (a).¹³⁶ Ved mistanke om deltakelse i folkemord vil det være naturlig å ta direkte utgangspunkt i den internasjonale definisjonen av dette særlige straffedeliktet. I Folkemordkonvensjonen av 1949 er begrepet “genocide” nærmere definert, og det omfatter handlinger så vel i fredstid som i krigstid. Denne definisjonen ble inkludert i statuttene til både Jugoslavia-domstolen og Rwanda-domstolen, og den ble kodifisert på generelt grunnlag i ILC Code artikkel 17. Herfra ble den ordrett inntatt i ICC-statuttene artikkel 6 (“Genocide”).

Videre er det grunn til å understreke at individuelt straffansvar for *forbrytelser mot menneskeheten* kun er aktuelt når det kan påvises at vedkommendes handling er begått som del av systematiske eller omfattende overgrep mot sivile, jf ICC-statuttene artikkel 7. Det vil i praksis si at de er et resultat av en gjennomtenkt plan eller politikk, eller at de involverer et stort antall ofre. Tilsvarende må en krigsforbrytelse normalt være begått som del av systematiske eller omfattende brudd på humanitære grunnregler i krigssituasjoner, men her kan det være verdt å merke seg at det i ICC-statuttene artikkel 8 er gitt en åpning for at også

¹³¹ For en grunnleggende innføring om de forskjellige underliggende straffbare handlinger, metode og fortolkningsspørsmål i denne forbindelse, se *Einarsen 2000*, s. 561-591.

¹³² Om metode og rettskilder generelt ved fortolkning og anvendelse av 1951-konvensjonen, se *Einarsen 2000*, s. 55-82. Om koblingen mellom internasjonal strafferett og eksklusjon, jf *ibid.*, s. 557 flg.

¹³³ Jf foran i del II, 3.

¹³⁴ ILC Code er gitt en relativt fremtredende plass i *Einarsen 2000*, s. 561-591.

¹³⁵ Se også nedenfor (del IV, 3.2.2) om et viktig presiseringsarbeid i regi av ICC (“Elements of Crimes”).

¹³⁶ Jf *Einarsen 2000*, s. 572-573. Nærmere drøftelser av artikkel 1 F (a) finnes i: Peter J. van Krieken, *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause, The Hague*, T.M.C. Asser Press 1999. Se også *International Journal of Refugee Law*, Volume 12, Special Supplementary Issue, Winter 2000.

enkeltstående krigsforbrytelser etter omstendighetene kan medføre internasjonalt straffansvar.¹³⁷ Det siste taler for at en person i særlige tilfeller bør kunne ekskluderes fra flyktningestatus i medhold av artikkel 1 F (a) under alternativet “a war crime” selv om vedkommendes handlinger ikke var del av systematiske eller omfattende forbrytelser.¹³⁸ En enkeltstående forbrytelse i krigssituasjoner kan alternativt bli å vurdere som en alvorlig ikke-politisk forbrytelse etter artikkel 1 F (b). Dette gir samtidig et eksempel på at en og samme handling kan tenkes å falle inn under flere av alternativene i artikkel 1 F, noe som myndighetene alltid bør ha for øye.¹³⁹

3.2.2 Identifikasjon av den konkrete, ekskluderbare handling

En nærmere konkretisering av hvilken handling utlendingen mistenkes for, forutsetter at myndighetene gjør mer enn bare å henvise til artikkel 1 F eller til en av klausulene der. Etter vår mening bør det i et eksklusjonsvedtak presiseres nærmere hvilken handling eller hvilke handlinger utlendingen mistenkes for å ha begått eller medvirket til, og eventuelt hvilken sammenheng handlingen er en del av. Det siste er nødvendig å klargjøre nærmere hvis mistanken gjelder krigsforbrytelser eller forbrytelser mot menneskeheten, jf kravet om systematiske eller omfattende overgrep (se foran, del IV, 3.2.1).

Hvis det dreier seg om et medlem eller antatt medlem av en væpnet organisasjon,¹⁴⁰ som har begått internasjonalt straffbare handlinger, bør det som et minimum vises til kjente eller dokumenterbare (terror)handling som vedkommende organisasjon står bak. Det bør også vises til den rolle i organisasjonen som vedkommende person antas å ha hatt, og eventuelt også hvilke konkrete aksjoner eller handlinger som han eller hun mistenkes for å ha deltatt i. Så langt som det er mulig bør det angis tid, sted og forøvelsesmåte i forhold til den eller de handlinger det er tale om. Etter vår mening bør det til hver handling henvises til den relevante klausul i artikkel 1 F, med en nærmere presisering av det rettslige grunnlaget for å anse handlingen for eksempel som en straffbar krigsforbrytelse etter folkeretten. Det kan typisk gjøres ved å vise til at vedkommende handling er kriminalisert i bestemte internasjonale instrumenter, eventuelt med støtte i internasjonal rettspraksis.

Et naturlig, om enn ikke eksklusivt, utgangspunkt for en slik presisering av det strafferettslige grunnlaget i relasjon til artikkel 1 F (a) vil nå være ICC-statuttene artikkel 6-8 (hhv folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser). I 2002 ble det nemlig i samsvar med artikkel 9 vedtatt en omfattende presisering av straffebudene kalt “Elements of Crimes” (“Forbrytelselementer”).¹⁴¹ Denne gir praktisk og langt på vei autoritativ veiledning om de grunnleggende vilkår som må være oppfylt for å kunne tale om folkemord, forbrytelser mot menneskeheten eller krigsforbrytelser. Veiledningen er systematisert slik at den på generelt grunnlag identifiserer og presiserer 5 forskjellige alternative overtredelser av forbudet mot folkemord, 16 straffalternativer som gjelder forbrytelser mot menneskeheten og 71 straffalternativer under kategorien krigsforbrytelser. Slik katalogisering av straffalternativer og henføring av konkrete straffbare handlinger under ett eller flere bestemte straffebud og straffalternativer, er en viktig del av en velfungerende strafferettspleie, også på nasjonalt plan.

Begrunnelsen for at en nærmere identifisering av det rettslige og faktiske grunnlaget også er nødvendig i en moderne demokratisk rettsstat når det gjelder spørsmål om eksklusjon

¹³⁷ Jf ICC-statuttene artikkel 8 punkt 1: “The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes *in particular* when committed as part of a plan or policy or as a part of a large-scale commission of such crimes.” (Utheving tilføyet.)

¹³⁸ I motsatt retning *Einarsen 2000*, s. 568.

¹³⁹ Om dette forholdet mellom eksklusjonsklausulene i artikkel 1 F (a)-(c), se *Einarsen 2000*, s. 560. Se dessuten om hjemmelsspørsmålet i tilknytning til terrorisme og voldelige organisasjoner nedenfor, i del IV, 4.3.

¹⁴⁰ Kfr nærmere nedenfor, del IV, 4.5.

¹⁴¹ *Elements of Crimes*, ICC-ASP/1/3. Dokumentet er tilgjengelig blant annet på Den internasjonale straffedomstolens hjemmeside (www.un.org/law/icc/).

fra retten til vern som flyktning, er at utlendingen av menneskerettslige og rettssikkerhetsmessige grunner må få vite hva han eller hun i realiteten anklages for å ha gjort. Det er en forutsetning for at vedkommende skal kunne ta til motmæle og eventuelt anvende rettsmidler på en meningsfylt måte. Det er her nærliggende å trekke en parallell til strafferetten og siktedes rett til å få vite hva anklagen går ut på.

Spørsmålet om identifisering av den eller de handlinger som kan begrunne eksklusjon, herunder på hvilket stadium, av hvem og hvorledes slik identifisering bør foretas, er etter vår mening et svært viktig punkt når behandlingsmåten i eksklusjonssaker skal vurderes i et lovgivningsmessig og administrativt perspektiv. Dette spørsmålet kommer vi tilbake til nedenfor i del VI, 2.6 og 2.7.

3.2.3 Den videre fremstilling

I det følgende (del IV, 3.3-3.9) skal forskjellige andre aspekter knyttet til de materielle vilkårene for eksklusjon gjennomgås, herunder også beviskravet etter artikkel 1 F.

Forutsetningen for drøftelsen er at det foreligger mistanke om at det er begått en identifisert, alvorlig kriminell handling som etter sin objektive karakter faller inn under artikkel 1 F. Det kan, som det fremgår foran, eksempelvis være tale om et ordinært drap, en krigsforbrytelse eller medvirkning til en terrorhandling utført av en væpnet organisasjon. Hvis ikke annet blir presisert, er de prinsippene som omhandles nedenfor generelt anvendelige i eksklusjonssaker.

Enkelte spørsmål i relasjon til terrorhandling og tilknytning til væpnede organisasjoner er tatt opp til særskilt behandling (del IV, 4). Det skal også spørres om det foreligger en folkerettslig plikt til å ekskludere hvis vilkårene for eksklusjon foreligger (del IV, 5). Deretter er det sett nærmere på eksklusjonsliknende bestemmelser utenfor artikkel 1 F (del IV, 7) og på forholdet til internasjonale beskyttelsesregler utenfor 1951-konvensjonen som kan modifisere rettsvirkningene av eksklusjon (del IV, 8).

3.3 Subjektiv skyld (*mens rea*) som vilkår for eksklusjon

For at en handling skal representere en internasjonalt straffbar handling, må den være utført forsettlig. Det vil si at handlingen er bevisst, i den forstand at gjerningsmannen er klar over de faktiske omstendigheter, og at han har kunnskap om handlingens følger. Forsettet må dekke alle elementer i gjerningsbeskrivelsen, slik denne er konkretisert i et internasjonalt straffebud eller straffalternativ (dekningsprinsippet). Dette grunnleggende prinsipp for straffansvar er fastslått blant annet i ICC-statuttene artikkel 30 punkt 1. Det samme kravet til subjektiv skyld skal etter vårt syn legges til grunn også i eksklusjonssaker etter 1951-konvensjonen artikkel 1 F, fordi manglende forsett utelukker karakteristikkene “a crime” (artikkel 1 F (a) og (b)) og “guilty of acts” (artikkel 1 F (c)) i relasjon til det individ eksklusjonssaken gjelder.

ICC-statuttene artikkel 30 punkt 2 (a) understreker at en person i forhold til en bestemt opptreden har handlet forsettlig når vedkommende mente å handle slik som han gjorde. Det er videre presisert i punkt 2 (b) at i forhold til kunnskap om handlingens følger, skal en person anses for å ha handlet med det nødvendige forsett når vedkommende enten mente å forårsake følgen eller var klar over at den ordinært ville inntreffe (sannsynlighetsforsett). Det er i samme artikkel 30 tatt forbehold om at forsettskravet kan være noe annerledes presisert i enkelte straffebud. Slike avvik eller mulige avvik er søkt presisert i foran nevnte “Elements of Crime”. Til bestemmelsen om folkemord er det for eksempel bemerket at forsettskravet trenger nærmere presisering gjennom Straffedomstolens praksis.

Samtidig er det grunn til å merke seg at når det gjelder *bevis* for at det foreligger forsett, så vil det ofte – tatt i betraktning de svært alvorlige handlinger det gjerne er tale om – kunne slutes fra sakens faktiske opplysninger og omstendighetene rundt handlingen at den ble utført bevisst og med tilstrekkelig kunnskap om følgene. Dette er også påpekt i den

generelle innledningen til “Elements of Crime”, i punkt 3. Samme sted, i punkt 4, er det presisert at når det gjelder elementer i en gjerningsbeskrivelse som innbefatter moralske karakteristikk eller verdimeslige vurderinger, for eksempel gjennom et begrep som “umenneskelig” behandling, så kan det normalt ikke stilles krav om at gjerningsmannen personlig foretok noen slik vurdering.

Kravet til subjektiv skyld kan også omfatte krav til *skylddevne*, i form av krav om tilregnelighet og tilstrekkelig modenhet (alder). Alternativt kan fravær av skylddevne anses som straffrihetsgrunn, jf nedenfor (del IV, 3.5). Et ikke helt upraktisk tilfelle i denne forbindelse gjelder barnesoldater som har vært involvert i alvorlige forbrytelser, og som senere søker asyl. Utgangspunktet her vil være barnets alder på gjerningstidspunktet, selv om det ikke nødvendigvis løser problemet siden det ikke finnes noen internasjonalt anerkjent minimumsalder for strafferettslig ansvarlighet. Et annet moment i disse sakene er at det ofte vil foreligge et klart moment av tvang overfor barnet, både med hensyn til selve rekrutteringen og sanksjoner ved forsøk fra barnets side på å vegre seg mot (videre) deltakelse i forbrytelser. Dette tilsier at vurderingen av skyldkravet i forhold til barn som er gjenstand for mulig eksklusjon, bør vurderes noe bredere enn når det gjelder voksne personer. Eksklusjonsvurderingen bør – som det har vært sagt – være alderssensitiv.¹⁴²

Det kan ellers være grunn til understreke at det følger av kravet til subjektiv skyld på individuelt grunnlag at en person ikke *per se* blir ansvarlig for andres handlinger, enten det dreier seg om familiemedlemmer eller andre. Dette er særlig viktig å understreke i forhold til de tilfeller hvor en ektefelle eller et barn risikerer forfølgelse på grunnlag av sin familiære tilknytning til en person som er forfulgt i hjemlandet, samtidig som sistnevnte selv har begått handlinger som medfører eksklusjon etter 1951-konvensjonen artikkel 1 F. En kan si det slik at forfølgelsesfaren smitter over på familien, men ikke eksklusjonsgrunnlaget. Medlemmer av den ekskludertes familie vil således bare kunne ekskluderes på det grunnlag at de selv har begått eller medvirket til handlinger som omfattes av artikkel 1 F.

3.4 Medvirkning som supplerende grunnlag for eksklusjon

Internasjonalt straffbare forbrytelser vil ofte ikke være mulig å gjennomføre uten at et større antall personer deltar eller medvirker til forbrytelsen. Tilsvarende vil eksklusjonsspørsmålet i de fleste tilfeller gjelde en eller annen form for medvirkning. I internasjonal strafferett er det knesatt et relativt vidtgående medvirkningsansvar. En person kan for det første holdes straffansvarlig hvis vedkommende i fellesskap med andre personer eller gjennom en annen person har begått en internasjonalt straffbar handling, uavhengig av om den eller de andre personer kan straffes.¹⁴³ For det andre blir en person straffansvarlig ved å ha beordret, gitt råd om gjennomføringen av eller oppfordret til en forbrytelse som er gjennomført eller forsøkt gjennomført.¹⁴⁴ For det tredje oppstår straffansvar når en person har ytet bistand til gjennomføringen av forbrytelsen, herunder ved å ha stilt midler til rådighet.¹⁴⁵

For det fjerde blir en person straffansvarlig også når han på annen måte bevisst har medvirket til en internasjonal forbrytelse som er begått eller forsøkt begått av en gruppe personer som har handlet med et felles forbrytersk mål.¹⁴⁶ Forutsetningen i det siste tilfellet er da at han visste at gruppen hadde kriminelle hensikter eller at han visste at gruppens virksomhet omfattet internasjonalt kriminelle handlinger, eventuelt at han hadde kunnskap om gruppens intensjon om å begå en konkret internasjonalt straffbar handling. Dette betyr blant annet at personer som samler inn penger eller på annen måte yter økonomisk støtte til en gruppe eller organisasjon som det er alminnelig kjent har slike hensikter og/eller handlinger som del av sitt virke, kan straffes for medvirkning uten selv å ha vært medlem av

¹⁴² Jf *Gilbert 2003* (op.cit.), s. 473.

¹⁴³ Se for eksempel ICC-statuttene artikkel 25 punkt 3 bokstav a.

¹⁴⁴ *Ibid*, punkt 3 bokstav b.

¹⁴⁵ *Ibid*, punkt 3 bokstav c.

¹⁴⁶ Jf prinsippet i ICC-statuttene artikkel 25 punkt 3 bokstav d.

gruppen eller på forhånd hatt kjennskap til konkrete planer om den internasjonalt straffbare handlingen som er begått. Denne presiseringen av medvirkningsansvaret har også en viktig bevismessig side, fordi det dermed ikke alltid er nødvendig å bevise eller ta stilling til om vedkommende person faktisk selv var medlem av gruppen.

På den annen side er det viktig å presisere at det foran nevnte dreier seg om et utvidet medvirkningsansvar for tilknytning til spesielt forbryterske organisasjoner, som ikke uten videre kan overføres på tilknytning til andre væpnede organisasjoner som mer sporadisk eller tilfeldig har begått internasjonalt straffbare handlinger.¹⁴⁷ Utenfor tilfeller av tilknytning til forbryterske organisasjoner vil medvirkningsansvaret generelt måtte vurderes etter en strengere straffbarhetsnorm. Antakelig må det oppstilles et vesentlighetskrav – at vedkommendes bistand til utførelsen av forbrytelsen har vært viktig eller ikke uvesentlig for at ansvar skal kunne ilegges.¹⁴⁸ Dette samsvarer med UNHCRs syn på det alminnelige medvirkningsansvaret i internasjonal strafferett, vurdert i relasjon til eksklusjon fra flyktningestatus:

“In general, individual responsibility flows from the person having committed, or made a substantial contribution to the commission of the criminal act, in the knowledge that his or her act or omission would facilitate the criminal conduct.”¹⁴⁹

For det femte gjelder det etter internasjonal rett et særskilt medvirkningsansvar for militære ledere med kommandoansvar.¹⁵⁰ De kan bli straffansvarlige for unnlatelser av å ha utøvet tiltrekkelig kontroll med sine styrker når disse har begått forbrytelser. Straffbare forhold i så måte kan omfatte et spekter av forskjellige typer unnlatelser, fra situasjoner der lederen har unnlatt å gripe inn mot konkrete forbrytelser som han visste om fant sted eller ville finne sted, til situasjoner der lederen kan bebreides for ikke å ha gjort nok i forkant for å forhindre at slike forbrytelser kunne finne sted. Det siste tilfellet omfatter også at lederen ikke har sørget for at antatte forbrytelser begått av egne styrker er blitt gjort kjent for de rette myndigheter med kompetanse til å etterforske og straffeforfølge slik kriminalitet.

Etter vår oppfatning gir de prinsippene som her er skissert også et godt utgangspunkt og et hensiktsmessig verktøy til behandlingen av medvirkningsspørsmålet i eksklusjonssaker etter 1951-konvensjonen artikkel 1 F. Når det spesielt gjelder medvirkning til terrorisme, og det som er fremkommet i den komparative undersøkelsen av nasjonal praksis som gjelder kriminelle organisasjoner, vises det til eget punkt om dette nedenfor (del IV, 4).

3.5 Forsøk som supplerende grunnlag for eksklusjon

Som i nasjonal rett er forsøk på internasjonalt kriminaliserte handlinger i utgangspunktet straffbart på linje med en fullbyrdet forbrytelse. Forutsetningen er at den manglende fullbyrdelsen skyldtes andre forhold enn at vedkommende persons forsett om å begå handlingen ikke lenger var til stede, jf prinsippet uttrykt i ILC Code artikkel 3 punkt 3 bokstav (g). ICC-statuttene artikkel 25 punkt 3 bokstav (f) inneholder en bestemmelse som er noe mer presis. Her fremgår det i tillegg at et straffbart forsøk også forutsetter at det ikke gjensto vesentlige skritt (“a substantial step”) på den objektive side for at handlingen skulle bli fullbyrdet. Dermed er det markert en nedre grense mot straffrie forberedelser. Videre er det presisert at den som fullt ut og frivillig velger å tre tilbake fra å gjennomføre forbrytelsen,

¹⁴⁷ Jf nedenfor, del IV, 4.4.

¹⁴⁸ Jf prinsippet i ILC Code artikkel 2 punkt 3 (d), hvor det er oppstilt et vilkår for medvirkningsansvar at individets handlinger må ha bidradd “directly and substantially, in the commission of such a crime”. Se også drøftelsen i *Einarsen 2000*, s. 591.

¹⁴⁹ UNHCR, *Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/03/05, 4 September 2003 (UNHCR, Guidelines Exclusion 2003) par. 18.

¹⁵⁰ Jf ICC-statuttene artikkel 28.

ikke skal straffes for forsøk selv om den nedre grense mot straffrie forberedelser objektivt sett er overskredet. Med disse presiseringer er den internasjonale strafferetten prinsipielt sett her på linje med blant annet norsk strafferett, og denne læren bør i utgangspunktet også anvendes i relasjon til eksklusjonsspørsmålet etter 1951-konvensjonen artikkel 1 F.

Spørsmålet er om det gjelder unntak fra dette i særlige tilfeller. Et praktisk viktig eksempel her er forberedelser til *terrorhandlinger*, som ellers ikke ville overskride den nedre grense for straffbart forsøk. Slike forberedelseshandlinger er i økende grad etter 9/11 blitt kriminalisert som selvstendige straffbare handlinger i internasjonal og nasjonal rett, jf nærmere om nedenfor (del IV, 4.4).

3.6 Straffrihetsgrunner som også fritar fra eksklusjon

Det er velkjent både i nasjonal rett og i internasjonal rett at visse omstendigheter knyttet til gjerningsmannens person eller til visse ytre faktorer i hendelsesforløpet kan fritar fra et straffansvar som ellers ville kunne gjøres gjeldende. Hvis det foreligger en straffrihetsgrunn, er artikkel 1 F ikke anvendelig av samme grunn som når gjerningsmannen ikke har handlet med det nødvendige forsett (jf foran, del IV 3.2).

ICC-statuttene artiklene 31-33 gir en autoritativ utlegning av de antatt viktigste prinsippene for anvendelsen av mulige straffrihetsgrunner i relasjon til internasjonalt straffbare handlinger.¹⁵¹ Artikkel 31 angir fire grunnlag, som hvis de etter nærmere vurdering får anvendelse, skal medføre straffrihet:

- 1) Gjerningsmannen var på handlingstidspunktet rammet av en mental (*psykiatrisk*) sykdom eller skade som ødela hans evne til å oppfatte handlingens ulovlige natur eller evne til å kontrollere sin oppførsel.¹⁵² Denne straffrihetsgrunnen synes å rekke lenger enn til utilregnelige (psykotiske) personer som er hovedregelen i norsk straffrett.
- 2) Gjerningsmannen var på handlingstidspunktet i en tilstand av *forgiftning* (herunder på grunn av rus), som ødela hans evne til å oppfatte handlingens ulovlige natur eller evne til å kontrollere sin oppførsel. Fra dette gjelder det likevel unntak hvis forgiftningen var selvforskyldt, og han visste om, eller unnlot å ta hensyn til risikoen for at han, som et resultat av forgiftningen, trolig ville foreta seg straffbare handlinger.¹⁵³ Denne straffrihetsgrunnen synes å gå lenger enn det selvforskyldt rus gir grunnlag for i norsk strafferett.
- 3) Gjerningsmannen handlet på en rimelig måte i *selforsvar* (*nødverge*) av seg selv eller en annen person. I krig kan det etter omstendighetene også føre til straffrihet at vedkommende handlet for å forsvare grunnleggende viktige materielle verdier eller gjenstander.¹⁵⁴ Det bør tilføyes at nødverge også har sin berettigelse i forhold til staters selvforsvar, jf ellers straffbare aggresjonsforbrytelser og eksklusjonsgrunnen “a crime against peace” i 1951-konvensjonen artikkel 1 F (a).¹⁵⁵ Medlemmer av en regjering som beordrer krig kan altså ikke ekskluderes fra retten til vern som flyktning når krigen var av defensiv karakter. Nødverge til fordel for en tredje part – som kan være en stat eller bestemt gruppe i samfunnet – kan på visse betingelser også være folkerettslig berettiget når trusselen mot den tredje parten impliserer internasjonalt straffbare forbrytelser.

¹⁵¹ Bestemmelsene er direkte anvendelige bare innenfor statuttens virkeområde, men de samme prinsipper kan i utgangspunktet legges til grunn som generelle prinsipper i internasjonal strafferettspleie.

¹⁵² ICC-statuttene artikkel 31 punkt 1 bokstav (a).

¹⁵³ *Ibid*, bokstav (b).

¹⁵⁴ *Ibid*, bokstav (c).

¹⁵⁵ Jf *Einarsen 2000*, s. 563.

Stikkord her er kollektive forsvarsallianser mot ulovlig angrepskrig og humanitær intervensjon for å avverge folkemord eller forbrytelser mot menneskeheten.¹⁵⁶

- 4) Gjerningsmannen handlet under *tvang* forårsaket av trusler om drap eller alvorlig legemsbeskadigelse rettet mot ham selv eller andre personer. Det er en forutsetning for straffrihet i slike tilfeller at gjerningsmannen handlet nødvendig og rimelig for å avverge trusselen og at han ikke mente å forårsake større skade enn den som ble forsøkt avverget.¹⁵⁷ Det er mulig at formuleringen av denne straffrihetsgrunnen i ICC-statuttene går lenger enn det internasjonale straffedomstoler vil akseptere.¹⁵⁸ I FNs Torturkonvensjon er det tilsynelatende ikke rom for noen straffrihetsgrunner i relasjon til tortur, jf CAT artikkel 2 punkt 2 og punkt 3.

En femte straffrihetsgrunn som ikke er direkte omfattet av nevnte artikkel 31 er *alder*. Det fremgår av ICC-statuttene artikkel 26 at ICC ikke har jurisdiksjon over mistenkte personer som var under 18 år da den påståtte forbrytelsen fant sted. I nasjonal strafferett varierer derimot den nedre aldersgrensen for straffansvar (kriminelle lavalder). Det synes imidlertid å være gode grunner for å sette grensen ved 18 år på handlingstidspunktet når det gjelder forbrytelser som dekkes av 1951-konvensjonen artikkel 1 F (a), mens en lavere aldersgrense er naturlig i relasjon til artikkel 1 F (b), jf den alminnelige 15-års grensen etter norsk rett. Begrunnelsen kan søkes i det forhold at et barn under 18 år normalt ikke kan forventes å ha tilstrekkelig bevissthet om (*mens rea*) den større forbryterske sammenhengen som er nødvendig for å konstituere straffbar deltakelse i folkemord, krigsforbrytelser eller (andre) forbrytelser mot menneskeheten. I slike tilfeller vil imidlertid de enkelte handlinger kunne bedømmes etter artikkel 1 F (b), for eksempel en barnesoldats drap av sivile eller forsvarsløse personer. Ung alder kan for øvrig også ha indirekte betydning i relasjon til bedømmelse av andre mulige straffrihetsgrunner, for eksempel som grunnlag for en mildere vurdering av handlinger begått i nødverge eller under tvang.¹⁵⁹

Betydningen av *villfarelse* er omhandlet i ICC-statuttene artikkel 32. Faktisk villfarelse fritar bare fra straffansvar hvis villfarelsen motsvarer et manglende kriminelt forsett,¹⁶⁰ altså at gjerningsmannen ikke mente å handle slik han gjorde eller ikke var klar over handlingens normale følger. Rettsvillfarelse fritar som den store hovedregel ikke fra straffansvar; da må i tilfelle selve feiltakelsen om rettsreglene utelukke et kriminelt forsett.¹⁶¹ Et mulig unntak fremgår av sammenhengen med artikkel 33; at en person ble beordret til å begå kriminelle handlinger og ikke var klar over at ordren var ulovlig. Hvis han samtidig i utgangspunktet var rettslig forpliktet til å etterkomme ordre fra myndighetene eller sin overordnede, og ulovligheten heller ikke var åpenbar, så vil ordren kunne lede til straffrihet i forhold til noen internasjonale forbrytelser.¹⁶²

Gjeldende folkerett siden Nürnberg-oppgjøret har imidlertid vært at *ordre eller rettslige pålegg* som innebærer eller medfører internasjonale forbrytelser, ikke fritar fra personlig straffansvar. I ICC-statuttene er det presisert at ordre til å begå folkemord eller (andre) forbrytelser mot menneskeheten alltid er ulovlig og derfor ikke vil kunne frita fra straffansvar.¹⁶³ Det samme kan nok i praksis legges til grunn også i relasjon til andre grove forbrytelser, jf bestemmelsen i CAT artikkel 2 punkt 3 om at ordre ikke kan unnskylde tortur.

Også andre omstendigheter kan reise spørsmål om straffrihet, jf ICC-statuttene artikkel 31 punkt 3. Denne forutsetter at supplerende straffrihetsgrunner kan tenkes utledet av

¹⁵⁶ *Ibid*, s. 564.

¹⁵⁷ *Ibid*, bokstav (d).

¹⁵⁸ Jf *Kittichaisaree 2001*, s 263-264, med henvisning særlig til *Erdemovic*-saken avgjort av ICTY Appeals Chamber.

¹⁵⁹ Jf i samme retning UNHCR, *Guidelines Exclusion 2003*, par. 28.

¹⁶⁰ ICC-statuttene artikkel 32 punkt 1.

¹⁶¹ *Ibid*, punkt 2.

¹⁶² ICC-statuttene artikkel 33 punkt 1.

¹⁶³ *Ibid*, punkt 2.

relevante rettsprinsipper og rettskilder, jf artikkel 21 om domstolens rettskildegrunnlag.¹⁶⁴ En eventuell rettsutvikling her bør iakttas også i eksklusjonssaker etter 1951-konvensjonen artikkel 1 F.

3.7 Betydningen av formildende eller skjerpende omstendigheter

I strafferetten sondres det mellom skyldspørsmålet og straffespørsmålet; noe forenklet mellom hvorvidt en person er straffansvarlig for overtredelse av en konkret handlingsregel i et straffebud eller et straffalternativ innenfor dette, og hvilken straff som i tilfelle skal idømmes. Selv om den nærmere grensedragning kan variere og ikke alltid er selvforklarende, er skillet prinsipielt sett avgjørende for en rettferdig strafferettspleie. Sondringen er også lagt til grunn i internasjonal strafferett. Formildende eller skjerpende omstendigheter knyttet til handlingsmåten eller gjerningsmannens person, og som ikke er avgjørende for definisjonen (eller subsumsjonen) av den straffbare handling, skal kun tillegges betydning for straffespørsmålet. Eksistensen av skjerpende eller formildende omstendigheter vil kunne ha atskillig innvirkning på valget mellom ulike former for straff og for fastsettelsen av straffens lengde. Poenget med å fremheve dette her, er at den nevnte sondringen indirekte har betydning ved anvendelsen av 1951-konvensjonen artikkel 1 F.

Etter klausulene i artikkel 1 F (a) og (c) er det ikke nødvendig å foreta noen nærmere vurdering av eventuelle formildende eller skjerpende omstendigheter; det avgjørende er om vedkommende er *skyldig* i en straffbar handling (“has committed a crime”/has been guilty of acts”) som omfattes virkeområdet for bestemmelsene.

Etter artikkel 1 F (b) kan det derimot være avgjørende om den konkrete straffbare handling anses som tilstrekkelig alvorlig (“serious”), noe som ikke alltid vil være åpenbart. Utgangspunktet etter artikkel 1 F (b) er at bare alvorlig kriminalitet omfattes og at alvorlet skal bedømmes *objektivt* ut fra forbrytelsens art, så vidt mulig etter en felles internasjonal målestokk og fellestrekk i nasjonal lovgivning i stater som gjennomgående opererer innenfor rammen av FNs formål og prinsipper.¹⁶⁵ Det er altså trekk ved gjerningsbeskrivelsen som skal legges til grunn for bedømmelsen, noe som riktignok også vil kunne omfatte graden av skyld. Det er for eksempel vesensforskjell på et forsettlig og et uaktsomt drap, og denne forskjellen er avgjørende også i relasjon til eksklusjon. Et enkeltstående grovt ran vil nok også kvalifisere for eksklusjon, men neppe et simpelt tyveri eller en ordinær legemsbeskadigelse. Grove narkotikaforbrytelser vil også måtte lede til eksklusjon. Det samme gjelder flykapring og andre handlinger som setter andre uskyldige menneskers liv eller helse i stor fare, selv om det i slike tilfeller kan være et klart politisk element med i bildet. Hvor grensene nærmere bestemt skal trekkes, er ikke gitt og må i en viss utstrekning overlates til den enkelte stats praksis sett i lys av anbefalinger fra særlig FN og UNHCR.

Men siden det er den konkrete handlingens alvorlighet som skal vurderes, vil det, slik vi ser det, i tvilstilfeller være riktig å hensynta eventuelle formildende eller skjerpende omstendigheter i saken.¹⁶⁶ I formildende retning kan det for eksempel være aktuelt å hensynta graden av skyld, ung alder eller om handlingen er begått under omstendigheter som ligger nært opptil en straffrihetsgrunn. Den omstendighet at vedkommende har sonet en reell straff for forholdet, er det særlig grunn til å vektlegge når den straffbare handling befinner seg i grenselandet for hvilke handlinger som leder til eksklusjon, spesielt hvis forholdet ligger noe tilbake i tid og vedkommende ikke senere er straffedømt for annen kriminalitet. Også et amnesti eller en benådning må kunne hensyntas i favør av utlendingen, vel og merke hvis grunnlaget fremstår som akseptabelt ut fra rettsstatlige prinsipper. I skjerpende retning kan det bli vektlagt at vedkommende har et mer omfattende kriminelt rulleblad.

¹⁶⁴ Se også Kittichaisaree 2001, s. 269 flg.

¹⁶⁵ Jf Einarsen 2000, s. 582.

¹⁶⁶ Kfr UNCHR, *Handbook*, par. 157, som går enda lenger i å understreke at det alltid må foretas en konkret helhetsvurdering av den straffbare handlingens natur i relasjon til artikkel 1 F (b).

3.8 Er proporsjonalitet et vilkår for eksklusjon?

Proporsjonalitetsvurderinger – i betydningen av å finne frem til et rimelig forhold mellom gjerningsmannens handling og samfunnets reaksjon – har en naturlig plass i mange rettslige avgjørelser, herunder ved straffutmåling. Tilsvarende vurderinger spiller inn når lovgiver skal vurdere om visse handlinger i det hele tatt skal gjøres straffbare (kriminaliseringsdebatt). Slike vurderinger har derimot normalt ingen plass ved bedømmelsen av gjerningsmannens skyld i forhold til spørsmålet om en handling rammes av gjerningsbeskrivelsen i et eksisterende straffebud. Disse utgangspunktene er det antakelig bred internasjonal enighet om, både i nasjonal og internasjonal strafferett.

I eksklusjonssaker kan proporsjonalitetsvurderinger tenkes å få betydning på flere måter, og i så måte synes rettsstillingen i teori og praksis å være mer uavklart.

I denne forbindelse er det først grunn til å understreke at det nå ikke siktes til den særlige form for proporsjonalitetsvurdering som forekommer i relasjon til bestemmelsen i 1951-konvensjonen artikkel 1 F (b), nemlig at visse politisk motiverte handlinger er så uforholdsmessig voldelige og/eller rammer uskyldige på en slik måte at handlingen mister sin intenderte karakter og istedenfor blir å betrakte som ordinær kriminalitet. Terroraksjoner som er rettet mot sivile eller som gjennomføres uten hensyn til menneskelige konsekvenser for å oppnå politiske mål, er eksempler på bruk av så uforholdsmessige midler at karakteristikken “a serious non-political crime” vil være på sin plass uavhengig av hvorledes aksjonens målsetting blir vurdert.¹⁶⁷

Noe av den nevnte uklarheten kan skyldes at selve den rettslige problemstilling er uklart stilt. I dette avsnittet er spørsmålet formulert slik: Er et rimelig (proporsjonalt) forhold mellom på den ene side gjerningsmannens straffbare handling og på den annen side konsekvensen av en eventuell eksklusjon et folkerettslig vilkår for eksklusjon etter artikkel 1 F? Med andre ord, spørsmålet er om staten har adgang til å ekskludere fra flyktningsstatus selv om konsekvensene for individet kan bli uforholdsmessig store, typisk at vedkommende da vil bli utsatt for alvorlige krenkelser i hjemlandet.¹⁶⁸

Ordlyden i artikkel 1 F inneholder ingen klare holdepunkter for å innfortolke et vilkår om proporsjonalitet. Det modale hjelpeverbet “shall” i uttrykket “[t]he provisions of this Convention shall not apply”, indikerer tvert imot at det var meningen at enhver som omfattes av klausulene a-c skal ekskluderes fra flyktningsstatus. Et vilkår om proporsjonalitet kan videre sies å være i strid med formålet med eksklusjonsreglene, herunder ved at et slikt vilkår kan bidra til å komplisere saksbehandlingen og gjøre artikkel 1 F enda vanskeligere å praktisere. Dette hensynet synes å stå sterkest i relasjon til artikkel 1 F (a), som gjelder de objektivt sett mest alvorlige forbrytelser.

Når det gjelder artikkel 1 F (b), er denne delvis begrunnet i et ønske om å harmonisere flyktningeretten med utleveringsretten og bidra til effektiv straffeforfølgning av mer ordinær kriminalitet. Det er i relasjon til den nedre terskelen her at spørsmålet særlig vil komme på spissen, og mye kunne tale for at det her burde innfortolkes et vilkår om proporsjonalitet for å forhindre automatiske løsninger i strid med tunge individinteresser.¹⁶⁹ I de tilfeller hvor handlingens alvorlighet uansett må underkastes en nærmere, konkret vurdering,¹⁷⁰ vil heller ikke hensynet til saksbehandlingen veie så tungt.

I faglig litteratur og statspraksis er det imidlertid vanskelig å se noen fast linje i spørsmålet,¹⁷¹ bortsett fra at UNHCR lenge har understreket at det i relasjon til artikkel 1 F (b) er nødvendig å finne en balanse mellom alvorligheten av den forbrytelse en asylsøker

¹⁶⁷ Om hjemmelsspørsmålet i slike tilfeller, se nærmere nedenfor del IV, 4.3.

¹⁶⁸ Se nedenfor del IV, 6.2 om de beslektede, men ikke identiske spørsmål om manglende proporsjonalitet kan eller bør gi tilfluktsstaten grunnlag for frihet til å avstå fra eksklusjon.

¹⁶⁹ I denne retning *Einarsen 2000*, s. 586.

¹⁷⁰ Jf foregående avsnitt (del IV, 3.6).

¹⁷¹ Heller ikke den komparative undersøkelsen vi har foretatt gir særlig veiledning på dette punkt, jf foran del III, 3.4.

mistenkes for å ha begått og graden av forfølgelse som risikeres.¹⁷² I retningslinjer av 2003 har UNHCR presisert at en proporsjonalitetstest gir et nyttig verktøy til å sikre at eksklusjonsbestemmelsene blir anvendt i samsvar med den overordnede humanitære målsettingen med 1951-konvensjonen.¹⁷³ Det er også påpekt at proporsjonalitetsprinsippet har anvendelse innenfor mange områder av internasjonal rett, og at alle unntak fra garantier om menneskerettighetsbeskyttelse må anvendes på en forholdsmessig måte i lys av formålet.¹⁷⁴ UNHCRs konklusjon er derfor at alvorligheten av den straffbare handling må veies mot konsekvensene av eksklusjon. Samtidig er det understreket at en slik proporsjonalitetsanalyse normalt ikke vil være nødvendig i forhold til forbrytelser som faller innenfor artikkel 1 F (a) eller (c), fordi de aktuelle handlingene da er så grove.¹⁷⁵

Vår konklusjon er på denne bakgrunn at det må anses som et åpent spørsmål om proporsjonalitet skal anses som et ordinært vilkår for eksklusjon, og hvorledes vilkåret i tilfelle skal formuleres. En mulig mellomløsning kunne imidlertid være å innfortolke en begrenset proporsjonalitetsregel: Hvis det er berettiget tvil om hvorvidt en konkret handling er tilstrekkelig alvorlig til å dekkes av virkeområdet for artikkel 1 F, typisk artikkel 1 F (b), så skal det samtidig vurderes om eksklusjon fra flyktningsstatus innebærer en uforholdsmessig reaksjon, hensett til alvorligheten av og risikoen for eventuell forfølgelse. I praksis ville dermed også eksistensen av et eventuelt alternativt vern mot utsendelse til forfølgelse kunne trekkes inn i proporsjonalitetsvurderingen, i favør av eksklusjon fra flyktningsstatus hvis slikt vern foreligger. Etter vårt syn vil dette være en forsvarlig og god løsning for rettsanvendelsen i en demokratisk rettsstat, herunder en fornuftig avveining av hensynene til rettssikkerhet og effektivitet i saksbehandlingen.

Når det derimot ikke foreligger slik tvil om alvorligheten, vil det etter vår oppfatning være i best samsvar med 1951-konvensjonens system og prinsipper at konvensjonens medlemsstater kan, og langt på vei skal, praktisere artikkel 1 F uavhengig av proporsjonalitet.¹⁷⁶

3.9 Beviskravet etter artikkel 1 F og forholdet til selvinkriminering

Det fremgår av artikkel 1 F at det kreves alvorlig grunn til mistanke om ("serious reasons for considering") at en person er straffansvarlig for en handling som omfattes av eksklusjonsklausulene. Spørsmålet er hva denne formuleringen innebærer når det gjelder krav til underbygging av mistanken og bevisenes samlede styrke.

Regelen bør være, slik UNHCR har tatt til orde for, at asylrettens alminnelige prinsipp om at rimelig tvil om de faktiske forhold skal komme asylsøkeren til gode ("benefit of the doubt") også gjelder for en eksklusjonsvurdering.¹⁷⁷ I utgangspunktet har tilfluktsstaten også bevisbyrden for å etablere en tilstrekkelig sterk mistanke om straffbare handlinger (bevisføringsbyrden). Dette innebærer, som et minimum, at det ikke er asylsøkeren som skal bære risikoen for et dårlig opplyst grunnlag for mistanken, og at det minst sannsynlige faktum ikke kan legges til grunn i hans disfavør.

Asylsøkeren har riktignok på sin side plikt til å opplyse om grunnlaget for asylsøknaden så langt som det er rimelig og praktisk mulig å kreve gjennom sine forklaringer, primært i asylavhøret, men dette gjelder neppe fullt ut i relasjon til opplysninger om egne straffbare forhold, jf det internasjonalt anerkjente forbudet mot *selvinkriminering* som også må antas å sette skranker for hva myndighetene i asylsaker kan kreve forklaring om. Forbudet mot selvinkriminering har nemlig også en viss anvendelse utenfor straffesaker, nemlig i relasjon til andre offentlige kontrollmyndigheter. Det vises særlig til SP artikkel 14

¹⁷² UNHCR, *Handbook*, par. 156.

¹⁷³ UNHCR, *Guidelines Exclusion 1993*, par. 24.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Kfr nedenfor del IV, 6.2.

¹⁷⁷ UNHCR, *Guidelines Exclusion 1993*, par. 34.

punkt 3 bokstav (g) og EMK artikkel 6 punkt 1, selv om ikke forbudets rekkevidde utenfor straffesaker er like avklart i internasjonal og nasjonal rett.¹⁷⁸ Hvorvidt en asylsøker – uten at bevisbyrden endres vesentlig – kan velge å forholde seg taus når han blir spurt om forhold som kan tenkes brukt som bevis mot ham i en senere straffesak, beror formentlig på om han på det aktuelle tidspunkt for utspørringen forstår at han er å anse som siktet eller mistenkt for vedkommende forbrytelse. Hvis han gjør det, er det ikke rimelig at bevisbyrden legges på asylsøkeren når han da velger å forholde seg taus.

Et annet spørsmål er hvilken betydning forbudet mot selvinkriminering har i en eventuell senere straffesak hvis vedkommende blir tiltalt for internasjonalt straffbare forhold som han har forklart seg om i asylavhøret. Kan slike opplysninger brukes mot tiltalte? Er det eventuelt avgjørende om vedkommende før eller under asylavhøret var blitt gjort kjent med at opplysninger om straffbare forhold kan bli brukt mot ham i en senere straffesak? Antakelig rekker ikke forbudet mot selvinkriminering lenger enn til at en persons vilje til å forholde seg taus om egne straffbare forhold skal bli respektert.¹⁷⁹ Det betyr at alle opplysninger som en asylsøker gir i et asylintervju, uavhengig av hva han er blitt informert om av utlendingsmyndighetene, kan brukes som bevismateriale i en senere straffesak. Dette er naturligvis et sentralt punkt når det gjelder mulighetene for et effektivt samarbeid mellom utlendingsmyndigheter og politi med tanke på iretteføring av straffbare forhold, jf nærmere nedenfor i del VI.

Et helt annet forhold, som vesentlig kan redusere asylmyndighetenes bevisføringsbyrde, er at det allerede foreligger en siktelse mot vedkommende fra et internasjonalt straffetribunal eller at vedkommende har vært et velkjent medlem av et undertrykkende regime eller en terroristorganisasjon.¹⁸⁰

For å tilfredsstille beviskravet etter artikkel 1 F må det samlet sett foreligge tilstrekkelig klare og pålitelige bevis i eksklusjonssaken. Mistanken må fremstå som velfundert; den kan ikke være basert på løse antagelser, rene spekulasjoner eller motstridende vitneopplysninger uten at grunnlaget for motstriden eller mistanken er nærmere begrunnet. Etter vår oppfatning ligger det i kravet om alvorlig grunn til mistanke et (objektivt) beviskrav som er forskjellig fra sivilrettens utgangspunkt om at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn i tvilstilfeller. Samtidig er vi enig med UNHCR i at det ikke kreves at det straffbare forhold må finnes bevist utover rimelig tvil. Enhver rimelig tvil i eksklusjonssaken skal med andre ord ikke nødvendigvis komme den mistenkte til gode, slik som i straffesaker, jf det nærmest universelle prinsippet *in dubio pro reo*.

Selv om nasjonal rett spriker når det gjelder beviskravet, jf blant annet den komparative undersøkelsen foran (del III, 3.2.3), er det etter vår oppfatning grunn til å legge et forholdsvis strengt beviskrav til grunn i eksklusjonssaker, i den forstand at det i medhold av konvensjonens krav om alvorlig grunn til mistanke som hovedregel og utgangspunkt bør kreves *klar sannsynlighetsovervekt* for at søkeren har begått den handling som han mistenkes for.¹⁸¹ Et reelt hensyn i favør av et skjerpet beviskrav er at eksklusjonssaker av rettssikkerhetsmessige grunner bør undergis en betryggende behandling, og at oppfyllelse av et krav om klar sannsynlighetsovervekt vil være vanskelig å forene med en summarisk og urettferdig eksklusjonsprosess.¹⁸²

Et annet standpunkt til beviskravet er inntatt i utkastet til ny norsk utlendingslov, hvor det i kommentaren til bestemmelsen i § 45 om utelukkelsesgrunner er lagt til grunn, uten nærmere drøftelse, at beviskravet “normalt vil være sammenfallende med det ordinære kravet

¹⁷⁸ Se for eksempel Sverre Erik Jebens, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Cappelen 2004, s. 421-424.

¹⁷⁹ Jf Erik Møse, *Menneskerettigheter*, Cappelen 2002, s. 347 (med henvisning til EMD sin avgjørelse i *Saunders-saken*).

¹⁸⁰ Jf UNHCR, *Guidelines Exclusion* 1993, par. 34, jf par. 19.

¹⁸¹ I samme retning *Einarsen* 2000, s. 542-543; Utlendingsnemnda, *Fagnotat, Flyktningkonvensjonen art. 1 F*, 13. september 2002/oppdatert 10. februar 2005, s. 16-17; *Gilbert* 2005, s. 470-471.

¹⁸² Jf generelt om kravet til rettferdige eksklusjonsprosedyrer i del VI, 1-2.

om sannsynlighetsovervekt i sivilprosessen”.¹⁸³ Som utvalget selv har vært klar over, jf uttrykket “det ordinære kravet”, finnes det etter hvert mange unntak fra det ordinære kravet om sannsynlighetsovervekt i sivile saker i norsk rett. Slik sett hadde det vært ønskelig at utvalget hadde drøftet spørsmålet nærmere i sine premisser.

Hvis en ser nærmere på begrunnelsen for et skjerpet beviskrav, åpner det seg et visst rom for unntak eller fleksibilitet i retning av et mindre strengt krav i nasjonal praksis. Det er for eksempel grunn til å tro at lovbestemte krav til seriøs og uavhengig undersøkelse av mistanken, og dokumentasjon av grunnlaget for den, utgjør en viktigere rettssikkerhetsgaranti for den mistenkte enn hvorledes beviskravet formuleres. Også konsekvensene av eksklusjon vil ha betydning innenfor et rettssikkerhetsperspektiv. Det er således mindre betenkelig å akseptere at skjellig grunn til mistanke (at det er mest sannsynlig at vedkommende er skyldig) kan være tilstrekkelig til å bære et eksklusjonsvedtak, når mistanken har vært grundig og profesjonelt utredet og retur til hjemlandet ikke er en automatisk konsekvens av et eventuelt eksklusjonsvedtak. Vi vil derfor ikke utelukke at Høyesterett i Norge, og en eventuell fremtidig internasjonal flyktningsdomstol, vil akseptere at beviskravet etter 1951-konvensjonen artikkel 1 F kan variere mellom skjellig grunn til mistanke og klar sannsynlighetsovervekt, avhengig av eksisterende prosessuelle og institusjonelle garantier i nasjonal rett. Det bør for eksempel kunne være nok at en internasjonal straffedomstol har siktet eller tiltalt vedkommende for en alvorlig forbrytelse ut fra et krav om skjellig grunn til mistanke (sannsynlighetsovervekt), når myndighetene i tilfluktsstaten samtidig er gitt mulighet til å kontrollere de sentrale momenter i grunnlaget for mistanken og at det dreier seg om rett person. På tilsvarende måte bør det etter vårt skjønn kunne godtas at skjellig grunn til mistanke er tilstrekkelig hvis mistanken er utredet etter etterforskning på profesjonelt og uavhengig grunnlag i nasjonal regi, når rettssikkerhetsgarantiene samlet sett er gode nok.

4 Internasjonal terrorisme e.l. som grunnlag for eksklusjon

4.1 Problemstilling

Kriteriene for eksklusjon er i prinsippet de samme uavhengig av person eller situasjon, jf fremstillingen foran (del IV, 1-3). Tatt i betraktning de senere års begivenheter, er det likevel grunn til å spørre om det oppstår særlige rettsspørsmål i relasjon til eksklusjon når en person mistenkes for tilknytning til internasjonal terrorisme eller liknende aktiviteter, eventuelt om vilkårene for eksklusjon da må presiseres på en særlig måte. Selv om 1951-konvensjonen artikkel 1 F er en autonom regel, i den forstand at dens innhold skal kunne fastlegges objektivt ved hjelp av folkerettslig metode på et gitt tidspunkt, er det i samsvar med forsvarlig juridisk metode – både folkerettslig og i demokratiske rettsstater – at rettsregler til en viss grad alltid må tolkes i lys av endrede samfunnsforhold. Nye former for kriminell aktivitet kan for eksempel medføre et behov for nye kriterier i rettsanvendelsen for at artikkel 1 F skal fungere i samsvar med sitt formål.¹⁸⁴

I det følgende behandles begrepet internasjonal terrorisme (4.2), hjemmelsspørsmålet ved mistanke om tilknytning til terrorisme (4.3), samt ansvaret for medvirkning og forberedende handlinger (4.4). Eksklusjonsspørsmålet er deretter noe utdypende presisert i

¹⁸³ NOU 2004-20: *Ny Utlendingslov*, s. 400.

¹⁸⁴ Jf det britiske Immigration Appeal Tribunal, i: *Indra Gurung v. Secretary of State for the Home Department*, 2003: “In seeking to give an autonomous meaning to key concepts in Art 1F, there is as much a need as under Art 1A (2) to adopt a dynamic interpretation. Lord Mustill noted over six years ago in *T v. Secretary of State for the Home Department*, [1996], that, even though the wording of Art 1F has not changed, the world around it has. In the aftermath of the events of September 11th these thoughtful words remind us that, whilst there is nothing new about criminality, the precise forms and methods used by those who perpetrate violent acts or crimes continue to undergo change (...).”

relasjon til deltakelse i illegitime, væpnede organisasjoner, hvor det kan være særlig grunn til å merke seg de kriterier som er blitt utviklet i rettspraksis i Canada (4.5). Fare for nasjonal sikkerhet kan ha nær forbindelse til internasjonal terrorisme, men det er ikke alltid at en slik forbindelse vil foreligge. Da oppstår spørsmålet om fare for nasjonal sikkerhet i seg selv gir grunnlag for eksklusjon. Dette spørsmålet har vi skilt ut til særskilt drøftelse nedenfor i del IV, 5. Det gjøres ellers oppmerksom på at omfanget av den videre fremstilling er søkt tilpasset formålet med fremstillingen. En enda grundigere analyse, særlig av de underliggende strafferettslige spørsmål, ville fort ha sprengt rammen for rapporten her.

Før vi går inn på de nevnte spørsmål kan det være grunn til å understreke et praktisk viktig forhold, nemlig at personer som aktivt tar del i terrorhandlinger av internasjonal karakter som regel ikke vil være i nærheten av å være omfattet av den generelle definisjonen på en “flyktning”, jf 1951-konvensjonen artikkel 1 A (2). Dermed oppstår det heller ikke noe eksklusjonsspørsmål i forhold flyktningestatus, med mindre en i nasjonal rett velger å behandle eksklusjonsspørsmålet først, uavhengig av om personen kan være flyktning eller ikke.¹⁸⁵ Forklaringen på det ovennevnte er at internasjonal terrorisme ofte kommer til uttrykk gjennom grove, straffbare handlinger som er ment å ramme et demokratisk styresett hvor budskapet kunne vært fremført med andre midler. En kan si det slik at det vil være en forutsetning for flyktningestatus at den væpnede kampen retter seg mot et bestående regime som enten selv har sørget for å avskjære en enhver lovlig opposisjonell virksomhet eller som til tross for å representere et flertall av befolkningen undertrykker og krenker menneskerettighetene til en etnisk, religiøs eller politisk minoritet på en slik måte at gruppen i praksis ikke har reell mulighet til å fremme sine krav på fredelig vis.

I forhold til inklusjon etter artikkel 1 A (2) vil det internasjonale samfunns bedømmelse av frigjørings- eller motstandskampen komme inn som et moment i vurderingen av om den straff eller de krenkelser som risikeres ved utlevering eller annen form for retur til hjemlandet kan likestilles med “forfølgelse”. I forhold til eksklusjon er poenget at det ikke vil hjelpe søkeren å vise til en rettferdig kamp mot et brutalt regime så lenge vedkommende selv har begått terrorhandlinger mot uskyldige.¹⁸⁶

De i forhold til 1951-konvensjonen artikkel 1 F mest prekære tilfellene gjelder derfor personer med en noe løsere tilknytning til terrornettverk eller andre væpnede organisasjoner som opererer i strid med folkeretten og menneskerettighetene, samtidig som vedkommende risikerer forfølgelse i hjemlandet på annet grunnlag; rase, religion, nasjonalitet, gruppetilhørighet eller politiske oppfatning. Da kommer spørsmålet om hvilke former for tilknytning som medfører eksklusjon, på spissen.

I tillegg vil det samme tilknytningsspørsmålet kunne bli avgjørende for oppholdsstatus i forhold til personer som ikke oppfyller vilkårene for flyktningestatus etter artikkel 1 A (2), men som like fullt har et beskyttelsesbehov i tilfluktsstaten på grunn av fare for forfølgelse eller umenneskelig behandling i hjemlandet, jf nedenfor om analogisk anvendelse av artikkel 1 F ved eksklusjon fra subsidiær beskyttelse (se særlig del IV, 7.2).

4.2 Generelt om tiltak for å bekjempe internasjonal terrorisme

4.2.1 Terrorismebegrepet

Problemstillingen kompliseres av at det foreløpig ikke er oppnådd enighet om en felles, rettslig definisjon av “internasjonal terrorisme” eller bare “terrorisme”. Dette til tross for at det er tilnærmet global enighet om at kamp mot terrorisme er et sentralt område for styrket internasjonalt samarbeid, spesielt etter 9/11.¹⁸⁷ Det engelske uttrykket “international

¹⁸⁵ Nederlandsk og britisk rett gir eksempler på en slik fremgangsmåte, jf foran del III, 3.1. Se også nedenfor del VI, 2.1.

¹⁸⁶ Jf *Einarsen 2000*, s. 589.

¹⁸⁷ Se foran, del II, 4.

terrorism” brukes gjerne som et samlebegrep for en rekke forskjellige sterkt uønskede og farlige handlinger som begås av væpnede grupper, og hvor handlingene har en viss internasjonal dimensjon. I en rapport utarbeidet av FNs Generalsekretær i 2004 er det for eksempel opplistet 22 globale eller regionale konvensjoner på området.¹⁸⁸ Flere av dem omhandler flykapringer, andre er rettet mot bruk av farlige våpen. For tiden holder FN på med å utarbeide forslag til en mer helhetlig konvensjon mot terrorisme, hvor også begrepet internasjonal terrorisme kan forventes klargjort. I mellomtiden kan det ikke sies å være noen klar felles oppfatning om forskjellen på “terrorhandling”, “terrorisme” og “internasjonal terrorisme”. Betegnelsene terrorisme og internasjonal terrorisme brukes ofte om hverandre, og det er heller ikke sikkert at det alltid er dimensjonen nasjonal/internasjonal som den mest sentrale i forhold de spørsmål som skal reguleres. Fenomenet “terrorisme” kan for øvrig ikke avgrenses til opposisjonelle gruppers handlinger; av erfaring vet man at terrorhandling også kan skje i regi av en okkupasjonsmakt eller av et lands myndigheter. En karakteristikk som “statsterrorisme” kan derfor være berettiget, og kanskje begrepsmessig fordelaktig fordi det med “terrorisme” som regel tenkes på handlinger begått av ikke-statlige grupper.

Prinsipielt er det i lys av rettsstatlige idealer og FNs formål og prinsipper god grunn til å sonde mellom terroristorganisasjoner og legitime frigjøringsbevegelser eller motstandsgrupper, selv om det kan det være vanskelig å trekke klare grenser, jf den velkjente spissformuleringen: “One man’s terrorist is another man’s freedom fighter”. Problemet i praksis er ikke så mye organisasjonens anførte og mer eller mindre gode formål, men at en organisasjon som også ut fra en objektivt målestokk – jf internasjonal rett og universelle menneskerettigheter – kjemper en rettferdig kamp mot undertrykkelse med våpen i hånd, selv kan være ansvarlig for terrorhandling. Det er med andre ord tenkelig at en organisasjon kan ha begått en konkret terrorhandling uten at organisasjonens handlingsmønster som sådan bør stemples som terrorisme og organisasjonen som en terroristorganisasjon. I den grad det følger folkerettslige virkninger av karakteristikken, er det et behov for internasjonale prosedyrer først og fremst i regi av FN for vurdering av status for bestemte organisasjoner.

4.2.2 Internasjonal normering som bakteppe for eksklusjonsspørsmålet

I tillegg til konvensjoner finnes det et omfattende sett med resolusjoner og deklarasjoner om terrorisme i regi av FN og andre internasjonale organisasjoner.¹⁸⁹ Sikkerhetsrådet har blant annet utferdiget resolusjon 1373 av 28. september 2001.¹⁹⁰ Denne inneholder bindende pålegg til medlemsstatene om å iverksette tiltak for å hindre og bekjempe terrorisme. Det fremgår av resolusjonen at en særlig ønsker å fokusere på terrorhandling med et internasjonalt tilsnitt, jf nærmere om denne nedenfor.

I den norske straffeloven § 147a, vedtatt i 2002 som oppfølging av ovennevnte resolusjon 1373, er en terrorhandling definert gjennom en kombinasjon av henvisning til bestemte særdeles alvorlige straffbare handlinger og kvalifisert forsett om å utøve terror i samfunnet eller mot en befolkning eller offentlige myndigheter. Det dreier seg typisk om et ønske om å angripe viktige funksjoner eller institusjoner i samfunnet, skape frykt eller å forårsake svært skadelige handlinger mot enkeltpersoner. Denne definisjonen går etter vårt skjønn til kjernen i begrepet terrorisme.¹⁹¹ Generelt sett handler terrorisme om å organisere, tilskynde og/eller delta i brutale voldshandlinger legitimert av en i vid forstand politisk

¹⁸⁸ United Nations, General Assembly, *Measures to eliminate international terrorism*, Report of the Secretary-General, 5 August 2004 (A/59/210).

¹⁸⁹ Se foran, del II, 4.

¹⁹⁰ United Nations Security Council, *Resolution 1373* (2001).

¹⁹¹ Også trusler om å begå terrorhandling og planlegging eller forberedelse av en terrorhandling er for øvrig gjort straffbare etter straffeloven § 147a, mens finansiering av terrorhandling er straffbare etter § 147b. Det er generelt ikke noe krav om at den straffbare handling trenger å ha funnet sted i Norge, eller at den mistenkte er norsk statsborger, jf de alminnelige prinsipper om straffelovgivningens rekkevidde etter § 12. Straffeloven skal anvendes med de begrensninger som følger av overenskomst med annen stat eller av folkeretten for øvrig, jf § 1 annet ledd.

målsetting, hvor gjennomføringen typisk er preget av ekstrem likegyldighet overfor terrorens ofre.

Sikkerhetsrådet har i resolusjon 1566 av 8. oktober 2004 gitt følgende karakteristik av begrepet terrorisme:

“[C]riminal acts, including against civilians, committed with the intent to cause death or serious bodily injury, or taking of hostages, with the purpose to provoke a state of terror in the general public or in a group of persons or particular persons, intimate a population or compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act (...).¹⁹²

Konkret vil det ofte dreie seg om straffbare handlinger som kidnapping, flykapring, gisseltaking av mer eller mindre tilfeldige personer, eller hensynsløs bruk av giftstoffer, bomber, raketter eller automatvåpen mot uskyldige eller forsvarsløse personer.

Sikkerhetsrådets resolusjon 1373 er en grunnstein i FNs kamp mot terrorisme.¹⁹³ Den inneholder dels bindende normer som er adressert til alle stater (“all states”), riktignok slik at det folkerettslig kun er FNs medlemsstater som blir direkte rettslig forpliktet (jf resolusjonens punkt 1 og 2), og dels oppfordringer til statene om å iverksette nærmere tiltak for å forhindre og motvirke terrorisme (punkt 3). I tillegg er der en påpekning av det nære forholdet mellom internasjonal terrorisme og organisert kriminalitet (punkt 4) og en erklæring om at terrorisme strider mot FNs formål og prinsipper (punkt 5).¹⁹⁴ Viktig er det også at det ble bestemt opprettelse av en anti-terrorisme komité (punkt 6), som har fått navnet Counter-Terrorism Committee (CTC). Gjennom nye resolusjoner har den fått presisert sitt mandat og er tilført betydelige ressurser og fullmakter i kampen mot terrorisme.¹⁹⁵ Som flere ganger senere bemerket av Sikkerhetsrådet, må medlemsstatene føre sin kamp mot terrorisme innenfor folkerettens ramme, herunder særlig at de tiltak som iverksettes er i samsvar med internasjonale menneskerettigheter, flyktningerett og humanitær rett.¹⁹⁶

I det følgende er de utsagn i resolusjon 1373 som har betydning for eksklusjonsproblematikken kort kommentert.

I punkt 2 bokstav c er det bestemt at alle stater skal nekte trygt tilfluktssted (“safe haven”) for dem som finansierer, planlegger, støtter eller begår terrorhandlinger, eller som tilbyr trygt tilholdssted. Hva dette nærmere bestemt innebærer i relasjon til asyl og asylrelaterte spørsmål kan være diskutabelt. Bestemmelsen synes primært å rette seg mot stater som av politiske, religiøse eller ideologiske grunner med viten og vilje gir ly til terrorister.¹⁹⁷ Den kan ikke tolkes slik at statene ikke kan gi terrormistenkte noen som helst beskyttelse mot forfølgelse, tortur eller umenneskelig behandling (jf nedenfor, del IV, 8). Bestemmelsen kan heller ikke tolkes slik at det skal gjelde en ubetinget plikt til å utvise terrorister.¹⁹⁸ Dette følger av sammenhengen med punkt 2 bokstav e, om at terrorister skal straffeforfølges og bringes for retten, i praksis enten i oppholdsstaten eller i et annet land etter begjæring om utlevering. Punkt 2 bokstav c kan utvilsomt ikke forstås slik at terrormistenkte ikke skal nyte godt av rettssikkerhetsgarantier. Etter punkt 2 e skal statene derimot sørge for

¹⁹² United Nations Security Council, *Resolution 1566* (2004), punkt 3.

¹⁹³ United Nations Security Council, *Resolution 1373* (2001).

¹⁹⁴ I tillegg gis det i punkt 6-9 noen bestemmelser og tilkjennegivelser av intern organisatorisk karakter.

¹⁹⁵ Se for eksempel United Nations Security Council, *Resolution 1535* (2004); United Nations Security Council, *Resolution 1566* (2004).

¹⁹⁶ Dette er fremhevet i begge de i forrige note nevnte resolusjoner.

¹⁹⁷ I samme retning UNHCR, *Addressing Security Concerns without Undermining Refugee Protection* (Rev.1), Geneva, November 2001, s. 10.

¹⁹⁸ Se høringsuttalelse fra Amnesty International, referert i: *Ot.prp. nr. 61 (2001-2002), Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv (lovtiltak mot terrorisme – gjennomføring av FN-konvensjonen 9. desember 1999 om bekjempelse av finansiering av terrorisme og FNs sikkerhetsråds resolusjon 1373 av 28. september 2001)*, s. 76, og departementets vurderinger hertil (s. 77).

at terrorhandlinger kriminaliseres som alvorlig straffbare handlinger i nasjonal rett. Det fremgår at straffansvaret skal omfatte en hver person som deltar i finansiering, planlegging, forberedelse eller utførelse av terrorhandlinger. Dermed er det også sagt mye om hvor langt medvirkningsansvaret skal rekke, jf nedenfor (del IV, punkt 4.4).

Etter punkt 2 bokstav g skal alle stater hindre bevegelse av terrorister eller terrorgrupper ved å føre effektiv grensekontroll og kontroll med utstedelse av legitimasjonspapirer og reisedokumenter, og gjennom tiltak for å hindre dokumentfalsk eller ulovlig bruk av legitimasjonspapirer og reisedokumenter.

Etter punkt 3 bokstav f skal statene se til at asylsøkere som har planlagt, tilrettelagt for eller deltatt i gjennomføringen av terrorhandlinger ikke blir innrømmet flyktningestatus. De nødvendige tiltak for dette formål skal treffes i samsvar med bestemmelser i nasjonal rett og folkeretten, som inkluderer menneskerettighetene. Nært beslektet er oppfordringene om å hindre at status som flyktning blir misbrukt til å begå terrorhandlinger og at politiske motiver blir brukt som grunnlag for å avslå begjæringer om utlevering av antatte terrorister, jf punkt 3 bokstav g.

At terrorhandlinger på statens eget territorium skal forhindres, sier seg selv. Helt uavhengig av folkerettslige forpliktelser er det imidlertid i de fleste staters interesse å motarbeide alle former for terrorisme, også når de aktuelle terrormål befinner seg i et annet land. Enkelte nåtidige terroristorganisasjoner ønsker øyensynlig å etablere kontaktpunkter og nettverk i mange forskjellige land for å kunne gjennomføre aksjoner uten geografiske begrensninger, samtidig som gjerningsmennene kan ha en annen nasjonalitet enn de som rammes av terroren. Slike momenter kan ha relevans for om terrorhandlinger skal karakteriseres som "internasjonal terrorisme". Et annet spørsmål er om denne karakteristikken har rettslig betydning, for eksempel for eksklusjonsspørsmålet etter 1951-konvensjonen artikkel 1 F, jf de to neste avsnitt (4.3 og 4.4).

4.3 Hjemmelsspørsmålet i internasjonal flyktningerett

Terrorismebegrepet er ikke nevnt i 1951-konvensjonen artikkel 1 F. En karakteristikk av visse handlinger som terrorhandlinger eller terrorisme er derfor ikke en nødvendig mellomstasjon i tankeprosessen når det skal tas stilling til eksklusjonsspørsmålet. Det har derfor heller ingen direkte rettsvirkning i forhold til eksklusjon om en person er delaktig i internasjonal terrorisme. En person som gjennom sine handlinger er involvert i terrorisme, vil imidlertid svært ofte ha begått straffbare handlinger som omfattes av artikkel 1 F, typisk artikkel 1 F (b). Dette gjelder særlig hvis det dreier seg om tilknytning til et terrornettverk av internasjonal karakter. Å anvende terrorismebegrepet kan derfor være hensiktsmessig under saksbehandlingen, så lenge det fremgår at det rettslig sett avgjørende er om det er tilstrekkelig grunn til å mistenke vedkommende person for å være ansvarlig for en handling som omfattes av et av eksklusjonsalternativene i artikkel 1 F.

Det er altså grunn til å gjenta viktigheten av legalitetsprinsippet også i relasjon til (internasjonal) terrorisme, nemlig at forvaltningen uansett må identifisere en konkret ekskluderbar handling som vedkommende menes å være straffansvarlig for, og som kan henføres under minst ett av alternativene i artikkel 1 F (a), (b) eller (c).¹⁹⁹ I tilfeller hvor det kan være usikkert hvilket alternativ som er mest korrekt å subsumere forholdet under, fordi eksklusjonsalternativene innholdsmessig overlapper hverandre, vil det kunne være akseptabelt at forvaltningen i sitt vedtak anfører at en bestemt handling er omfattet av det ene eller andre alternativet, eventuelt av mer enn ett alternativ.²⁰⁰ Det ryddigste etter vårt skjønn er likevel at forvaltningen tydelig tilkjennegir sin rettsanvendelse ved å markere hvilket alternativ en primært har funnet anvendelig på forholdet.

¹⁹⁹ Jf foran, del IV, 3.2, og nedenfor, del IV, 4.4.

²⁰⁰ Jf *Einarsen 2000*, s. 560-561.

4.4 Strafferettslig ansvar for medvirkning til og forsøk på terrorhandlinger

Sikkerhetsrådets resolusjon 1373 (2001) suppleres av resolusjon 1566 (2004) når det gjelder rekkevidden av det individuelle ansvaret for medvirkning til og forsøk på terrorhandlinger. FNs medlemsstater blir i punkt 2 i sistnevnte resolusjon således oppfordret til å lokalisere, nekte trygt tilfluktssted og straffeforfølge eller utlevere enhver person som “supports, facilitates, participates or attempts to participate in the financing, planning, preparation or commission of terrorist acts or provides safe havens”. Selv om dette formelt er en oppfordring til stater, og ikke er et rettslig bindende vedtak, gir den etter vårt syn en tung retningslinje også for hva som i dag må anses som straffbar medvirkning til terrorisme eller konkrete terrorhandlinger. Slik vi ser det, gir denne også et naturlig utgangspunkt for vurderingen av hvilke former for tilknytning til terrorisme som i dag er relevant under artikkel 1 F. To generelle presiseringer er riktignok nødvendige: Det subjektive skyldkravet – bevissthet om at en medvirker til eller forsøker å medvirke til en terrorhandling – må være oppfylt for at handlingen skal anses som straffbar,²⁰¹ og det må tas høyde for at det kan foreligge en straffrihetsgrunn.²⁰²

Samlet sett er medvirkningsansvaret svært vidtgående. Det kan blant annet omfatte tilknytning til i utgangspunktet lovlige organisasjoner som samarbeider med en terrorist-organisasjon eller som samler inn penger til en slik organisasjon. Ansvaret omfatter også det at en støtter (“supports”) terrorhandlinger, noe som ikke bare kan skje i handling, men også i ord. Forutsetningen for at en ytring skal rammes, må være at den var ment å støtte handlinger som klart oppfyller definisjonen på en terrorhandling, eventuelt at det blir uttrykt støtte til en konkret, allerede utført terrorhandling. For at det skal dreie seg om “støtte”, må det som et minimum være gitt en positiv vurdering av terrorhandlingen(e). I tillegg taler gode grunner for at det bør oppstilles et krav om at ytringen var ment for en større krets av personer. Det må med andre ord avgrenses mot ytringer som faller i private samtaler, jf at det i ordet “support” synes å ligge et element av offentlig uttrykt støtte gjennom ord, symboler eller handlinger. Offentlig uttrykt støtte til terrorhandlinger bør derimot kunne omfatte så vel forherligelse som positiv omtale av kjente eller hypotetisk tenkte tilfeller av alvorlig terror, enten støtten fremføres skriftlig eller muntlig i private foreninger og lukkede forsamlinger eller i taler på åpne møter av forskjellig slag. Stortinget bør etter vår mening vurdere å følge opp de nevnte resolusjoner med henblikk på å forby offentlig uttrykt støtte til terrorhandlinger. I et rettsstatlig perspektiv er det ikke urimelig, slik vi ser det, at ytringsfriheten i tråd med det foran nevnte må tåle visse begrensninger for å verne om rettighetene til potensielle ofre for terrorisme, jf de prinsipper som er nedfelt i EMK artikkel 10 punkt 2 og i EMK artikkel 17.

Resolusjon 1566 (2004) oppstiller også et svært vidtgående ansvar for forsøk og forberedende handlinger, ved at også det å forsøke å delta i finansiering, planlegging, forberedelse eller utførelse av terrorhandlinger skal rammes. En ser her at en rekke handlinger på et forberedende stadium blir kriminalisert, handlinger som i forhold til andre slags forbrytelseskategorier normalt vil måtte regnes som straffrie forberedelser så sant man bevisst trer tilbake fra å gjennomføre planen. Forsøk på medvirkning til terrorhandlinger skal altså være straffbart på selvstendig grunnlag, også i form av innledende forberedelser, selv om terrorhandlingen av en eller annen grunn ikke blir gjennomført.

Det er etter vårt skjønn gode grunner for å strekke ansvaret så langt som det her er gjort, når det gjelder forsettlig involvering i internasjonale terrorhandlinger. Den viktigste grunnen er at terroraksjoner med et internasjonalt tilsnitt ofte krever et betydelig forarbeid og deltakelse og støtte fra mange personer på forskjellig nivå. Det ligger i sakens natur at forberedelsene normalt vil måtte gå over lang tid, og at svært få av de som medvirker underveis vil kjenne til tid, sted eller utførelsesmåte for aksjonen. Så lenge en person vet at han eller hun medvirker eller forsøker å medvirke til en slik aksjon, er det rimelig av hensyn

²⁰¹ Jf foran del IV, 3.3.

²⁰² Jf foran, del IV, 3.4.

til effektiv og solidarisk bekjempelse av internasjonale terrorhandlinger at enhver forsettlig medvirkning eller forsettlig forsøk på medvirkning til slike terrorhandlinger rammes, uavhengig av om terrorhandlingen faktisk blir gjennomført eller ikke. De særegne trekk ved våre dagers internasjonale terrorisme kan med andre ord begrunne et videre medvirkningsansvar enn for internasjonalt straffbare handlinger generelt. Det skal imidlertid bemerkes at medvirkningsansvaret på forberedelsesstadiet til folkemord synes å gå like langt, jf Folkemordkonvensjonen artikkel III (b)-(e).

På denne bakgrunn burde det etter vårt syn være grunn til å vurdere på et internasjonalt plan, primært i regi av UNHCR, om ikke eksklusjon for medvirkning til eller forsøk på internasjonale terrorhandlinger som hovedregel burde henføres under 1951-konvensjonen artikkel 1 F (c), som kvalifiserte brudd på FNs formål og prinsipper. Det synes å være gode grunner for en slik dynamisk tolkningslinje, i hvert fall når den nye helhetlige FN-konvensjonen om terrorisme er blitt vedtatt.²⁰³ Det ville kunne gjøre rettsanvendelsen mer presis og praktisk innrettet, særlig hensett til at det i relasjon til internasjonale terrorhandlinger synes å være et berettiget behov for å strekke ansvaret for medvirkning og forsøk noe lengre enn ellers.

I utkastet til ny norsk utlendingslov har en i lovteksten fulgt opp dette, ved at det i bestemmelsen om utelukkelse på grunnlag av alvorlig mistanke om at utlendingen har gjort seg skyldig i handlinger som er i strid med FNs formål og prinsipper, jf § 45 nr. 1 bokstav c, er gjort følgende tilføyelse: "herunder Sikkerhetsrådets resolusjon 1373 av 28. desember 2001 om bekjempelse av terrorisme".²⁰⁴ Det fremstår derimot som noe pussig at utvalgets eneste kommentar til nevnte bestemmelse er at denne, som en gjengivelse av 1951-konvensjonen artikkel 1 F (c), "som nevnt i de alminnelig motiver har liten praktisk betydning som selvstendig eksklusjonsgrunnlag".²⁰⁵ Spørsmålet er vel snarere om den ikke burde innrømmes større betydning, slik henvisningen til den sentrale resolusjon 1373 indikerer.

4.5 Eksklusjon på grunnlag av deltakelse i illegitime, væpnede organisasjoner

4.5.1 Generelle folkerettslige utgangspunkter

I en rekke av verdens verste konfliktområder hvor det kommer asylsøkere fra, er den ytre situasjonen karakterisert av at regimer som selv begår grove brudd på menneskerettighetene, utfordres av væpnede organisasjoner som også tar i bruk metoder som forsettlig rammer sivilbefolkningen. I de tilfeller hvor det kommer frem at søkeren har vært medlem av – eller i tilstrekkelig grad må anses tilknyttet – en slik væpnet organisasjon, vil et sentralt spørsmål kunne være hvor langt det individuelle ansvaret går for internasjonalt straffbare handlinger som organisasjonen som sådan er ansvarlig for.

Spørsmålet er ikke begrenset til å gjelde kun terrorhandlinger, men i mange tilfeller vil en illegitim, væpnet organisasjon begå nettopp slike handlinger som en del av dens virksomhet. Gode grunner taler for å avgrense problemstillingen i det følgende mot deltakelse i legitime væpnede organisasjoner; frigjøringsorganisasjoner og motstandsgrupper som i all hovedsak kjemper mot urett med akseptable midler. I slike tilfeller, og i de tilfeller hvor det kan være diskutabelt om en organisasjon kjemper en legitim kamp eller ikke, vil ansvaret for

²⁰³ En slik rettsanvendelse bygger på en forsvarlig forståelse av 1951-konvensjonen artikkel 1 F (c) og generelle traktatrettslige tolkningsprinsipper, hensyntatt den indre sammenhengen i artikkel 1 F (konteksten) og den internasjonale rettsutvikling som må anses innbygget i standarden "FNs formål og prinsipper", jf *Einarsen 2000*, s. 576-577, jf 72-73 og 76-77.

²⁰⁴ NOU 2004:20, *Ny Utlendingslov*, s. 399.

²⁰⁵ *Ibid*, s. 400.

medvirkning til en konkret, alvorlig straffbar handling bli å avgjøre etter de alminnelige prinsipper for medvirkning, jf foran del IV, 3.4.

Et folkerettslig utgangspunkt for vurderingen av ansvarsspørsmålet følger av Nürnberg-dommen.²⁰⁶ Der ble det lagt til grunn at en organisasjon eller gruppe i visse tilfeller kan bli å betrakte som forbrytersk, fordi organisasjonens formål er forbrytersk eller fordi de handlinger organisasjonen regelmessig har utført var kriminelle, i betydningen internasjonalt straffbare handlinger. En forutsetning for å ilegge individuelt ansvar for organisasjonens straffbare handlinger, ifølge Nürnberg-dommen, er at vedkommende medlem personlig hadde kjennskap til organisasjonens forbryterske formål eller handlinger.²⁰⁷

I nasjonal rett har medvirkningsansvaret for deltakelse i væpnede organisasjoner som må antas å være ansvarlig for internasjonalt straffbare handlinger vært ofret betydelig oppmerksomhet i noen land, jf den komparative undersøkelsen som i korte trekk er referert foran i del III. I det følgende (avsnitt 4.5.2) skal det gjengis og kort kommenteres noen antatt interessante hovedlinjer i kanadisk rett,²⁰⁸ som synes å være mest utviklet på dette punkt av de land som har vært undersøkt. De retningslinjer som er blitt utviklet over lengre tid av forvaltning og domstoler i Canada, bør, slik vi ser det, i hovedsak følges ved anvendelsen av artikkel 1 F også i norsk rett. De fremstår etter vårt skjønn som generelt sett fornuftige og i samsvar med folkeretten når det gjelder medvirkningsansvaret ved deltakelse i væpnede organisasjoner

4.5.2 Kanadisk rett om medvirkningsansvaret

Noen sentrale utgangspunkter for anvendelse av medvirkningsansvaret har sin opprinnelse i en avgjørelse fra Federal Courts of Appeals i saken *Ramirez v. M.E.I.* (1992).²⁰⁹

- Medlemskap alene i en organisasjon som er ansvarlig for internasjonalt straffbare handlinger er ikke tilstrekkelig til eksklusjon;
- Personlig og forsettlig (bevisst) deltakelse i straffbare handlinger er et nødvendig vilkår;
- Medlemskap i en organisasjon med et begrenset og brutalt formål ("limited, brutal purpose"), herunder i visse tilfeller hemmelig politivirksomhet, kan med nødvendighet medføre personlig og bevisst deltakelse;
- Kun tilstedeværelse på stedet for forbrytelsen medfører ikke ansvar for personlig og forsettlig deltakelse;
- Tilstedeværelse sammenholdt med klar tilknytning til gjerningspersonen(e) vil representere personlig og forsettlig deltakelse;
- Hvis det kan påvises at en person bevisst delte gruppens felles formål, er det et tilstrekkelig bevis for medvirkning.

Det kan her være på sin plass med en kort kommentar i forhold til hjemmelskravet. I spesielt alvorlige tilfeller vil artikkel 1 F (a) kunne være rett grunnlag, jf særlig alternativene krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten. De straffbare handlinger det ellers er tale om, vil typisk være terrorhandling eller terrorliknende handlinger som det ofte vil være naturlig å henføre under artikkel 1 F (b). Det trenger imidlertid ikke å dreie seg om terrorhandling eller, slik dette begrepet er definert foran. For at det utvidete medvirkningsansvaret for deltakelse i væpnede organisasjoner skal utløse eksklusjon, synes det imidlertid å være rimelig å kreve at organisasjonen har begått svært alvorlige forbrytelser.

²⁰⁶ International Military Tribunal, Judgment of 30.9.1946. *Nürnberg-dommen*, Chr. Michelsens Institutt, Bergen 1947 (oversatt til norsk av Sund, H.).

²⁰⁷ *Ibid.*, s. 121.

²⁰⁸ Redegjørelsen i neste avsnitt (4.5.2) bygger blant annet på en serie med rettsavgjørelser, som det med ett unntak ikke er funnet hensiktsmessig å referere nærmere.

²⁰⁹ *Ramirez v. M.E.I.* [1992], 2 F.C. 306, 89 D.L.R. (4th) 780, 135 N.R. 390 (F.C.A.).

Etter kanadisk rettspraksis skal rettsanvenderne først vurdere organisasjonens type eller karakter. Hvis en organisasjons hovedformål er å være involvert i forbrytelser mot menneskeheten eller krigsforbrytelser, er medlemskap i organisasjonen vanligvis nok til å utløse eksklusjon. Eksempler på aktuelle organisasjoner med slike formål er visse politienheter, terroristgrupper, dødsskvadroner og spesielle sikkerhetsdomstoler. For at hovedformålet skal være som nevnt, må en vesentlig del av organisasjonens aktiviteter bestå i krigsforbrytelser eller forbrytelser mot menneskeheten. Det er altså organisasjonens handlinger som best belyser dens formål. Gjennom rettspraksis er det her tilført en viktig nyansering, nemlig at en organisasjons karakter ikke kan bedømmes statisk. Det må således tas høyde for at en og samme organisasjon over tid kan utvikle seg i den ene eller annen retning, slik at det personlige ansvaret for organisasjonens handlinger må ses i lys av organisasjonens utvikling mens personen har vært medlem.

For at individuelt ansvar skal oppstå ved medlemskap i en brutal organisasjon, kreves det etter kanadisk rett ikke noe formelt medlemskap. Det er tilstrekkelig at vedkommende person arbeider full tid eller tilnærmet full tid for organisasjonen, eventuelt at vedkommende har vært knyttet til medlemmer av organisasjonen over lengre tid. Det er en forutsetning at vedkommende har deltatt frivillig i organisasjonen og er der for å fremme organisasjonens formål. Det avgrenses derfor mot løsere tilknytning og mer summarisk involvering i organisasjonens aktiviteter.

Når det gjelder ansvaret for en brutal organisasjons nærmere handlinger, er det ikke nødvendig å identifisere de spesifikke handlinger som vedkommende person har foretatt. Begrunnelsen ligger nettopp i det felles formålet for gruppens aktiviteter, som er kjent for den aktuelle personen. Vi ser dermed at ansvarsspørsmålet blir løst på samme måte som i den internasjonale strafferetten hva gjelder forbryterske organisasjoner som begår grove internasjonalt straffbare handlinger.²¹⁰ Reelt sett synes begrepet "brutale organisasjoner" i kanadisk rett i all hovedsak å reflektere den internasjonale strafferettens begrep om "forbryterske organisasjoner" i linjen fra Nürnberg-dommen.²¹¹

Det subjektive kravet til bevissthet om organisasjonens begrensede og brutale formål kan bli utledet av de aktiviteter vedkommende selv har vært involvert i, men det oppstår dessuten en presumpsjon for det nødvendige forsett allerede på grunn medlemskapet i den brutale organisasjonen. En slik presumpsjon vil etter kanadisk rett kunne bli tilbakevist etter en konkret bevisbedømmelse. Et mulig grunnlag her vil kunne være at vedkommende person på et gitt tidspunkt selv valgte å ta avstand fra organisasjonens formål, eller vegret seg mot videre deltakelse i organisasjonen uten selv å ha begått internasjonalt straffbare handlinger.²¹²

Oppsummeringsvis – noe forenklet – kan en si at prinsippet om medvirkning ved deltakelse i brutale organisasjoner i kanadisk rett blir anvendt slik at egentlig medlemskap i organisasjonen ikke er nødvendig. En person kan uansett ekskluderes fra flyktningestatus hvis han direkte eller indirekte har bidratt til organisasjonens oppfyllelse av sitt formål, samtidig som vedkommende har vært klar over organisasjonens brutale aktiviteter.

5 Gir fare for nasjonal sikkerhet grunnlag for eksklusjon?

Folkerettslig sett er det ikke hjemmel i konvensjonen for å anvende alternative eller supplerende eksklusjonsgrunner, eller for å innføre nye, lempeligere kriterier for eksklusjon enn de som følger av 1951-konvensjonen selv. Konvensjonen er her bygget på et legalitetsprinsipp, hvor de oppregnende eksklusjonsgrunnene er uttømmende definert.²¹³

²¹⁰ Jf foran, del IV, 3.4.

²¹¹ Jf foran, del IV, 4.5.1.

²¹² Om betydningen av vegring mot deltakelse i en væpnet organisasjon mer generelt, herunder om betydningen for eksklusjonsspørsmålet, se *Einarsen 2000*, s. 599-606, særlig s. 600-602.

²¹³ Se i samme retning: UNHCR, *Information Note on Article 1 of the 1951 Convention*, Geneva March 1995; *Einarsen 2000*, s. 547; UNHCR, *Guidelines on International Protection*, 2003, par. 3: "The exclusion clauses in the 1951 Convention are exhaustive." Samme rettsoppfatning er lagt til grunn i:

Dette kan utlegges slik at det ikke er større spillerom for å anvende artikkel 1 F i strid med ordlyden, til ugunst for individet, enn det er dekning for i 1951-konvensjonens rettskilder samlet sett.

Tilføyelse eller analogisk anvendelse av helt nye grunner krever formell traktatrevisjon, i samsvar med gjeldende traktatrett og 1951-konvensjonens bestemmelser, jf artikkel 45 om at revisjon kun er mulig ved medvirkning og samtykke fra FNs Generalforsamling. Det er heller ikke tilstrekkelig at noen medlemsstater seg i mellom blir enige om å revidere konvensjonen eller å fortolke den på en avvikende måte.

Medlemsstatene er verken enkeltvis eller kollektivt gitt folkerettslig adgang til å reservere seg mot “manglende” eksklusjonsgrunner som eventuelt burde ha vært inntatt i 1951-konvensjonen, jf reservasjonsforbudet i artikkel 42 som gjelder artikkel 1 generelt. Eventuelt supplerende eller avvikende eksklusjonsgrunner i nasjonal rett må derfor – i mangel av formell revisjon – avgrenses til å gjelde annen status enn flyktningestatus og andre rettigheter enn rettigheter som flyktning etter 1951-konvensjonen. Det er for øvrig grunn til å understreke at verken terrorisme eller statlige sikkerhetshensyn var ukjente begreper eller tema for konsipistene av 1951-konvensjonen, jf det som tidligere i rapporten her er bemerket om utelukkelse av terrorister etter IRO-konstitusjonen av 1946,²¹⁴ at medvirkning til terrorhandlinger vil kunne falle inn under artikkel 1 F,²¹⁵ og at statlige sikkerhetshensyn er ivaretatt gjennom bestemmelsene i 1951-konvensjonen artikkel 32 og artikkel 33 punkt 2. Den omstendighet at fare for nasjonal sikkerhet som sådan ikke ble tatt med som et grunnlag for eksklusjon etter artikkel 1 F, var derfor ganske sikkert ingen forglemmelse. Konvensjonen gir riktignok adgang til å gjøre unntak fra forbud mot utvisning og retur når en person utgjør en sikkerhetsrisiko, jf artikkel 32 og artikkel 33 punkt 2, men en flyktning etter artikkel 1 A (2) som ikke omfattes av en opphørs- eller eksklusjonsgrunn (jf artikkel 1 C-F) skal like fullt anses som flyktning etter 1951-konvensjonen og ha i behold alle sine øvrige rettigheter som flyktning i tilfluktsstaten så lenge vedkommende oppholder seg der, jf 1951-konvensjonen artikkel 3-31. Tradisjonelle konvensjonsrettslige argumenter trekker derfor klart i retning av at fare for nasjonal sikkerhet ikke kan begrunne eksklusjon fra flyktningestatus.

Et argument som kan anføres for at hensynet til nasjonal sikkerhet likevel må kunne gi grunnlag for videre adgang til eksklusjon, et at forfatterne av 1951-konvensjonen vanskelig kunne forutse at personer som etter konvensjonen ikke har vern mot utvisning og *refoulement* likevel kan ha internasjonalt vern mot utsendelse i kraft av andre internasjonale konvensjoner på menneskerettighetenes område.²¹⁶ Enkelte personer som representerer en fare for den nasjonale sikkerhet i tilfluktsstaten, og som tilfredsstiller kriteriene for flyktningestatus, vil dermed i praksis kunne få nytte godt av vern som flyktning over en lengre periode i tilfluktsstaten enn det forfatterne av 1951-konvensjonen tenkte seg at medlemsstatene måtte akseptere. Om dette reelle hensynet kan begrunne en traktatrettslig utvidelse av eksklusjonsadgangen, er et annet spørsmål.

EUs statusdirektiv inneholder bestemmelser av interesse for spørsmålet. Det gjelder for det første en bestemmelse om eksklusjon fra subsidiær beskyttelse når en person representerer en fare for sikkerheten til den medlemsstat som vedkommende person oppholder seg i, jf artikkel 17 punkt 1, bokstav (d).²¹⁷ Denne bestemmelsen er uproblematisk i forhold til 1951-konvensjonen, fordi den ikke innskrenker flyktningers rettigheter. En identisk bestemmelse er ikke inntatt i direktivets artikkel 12 om eksklusjon fra flyktningestatus. Derimot er det i artikkel 14 punkt 4 bokstav (a) og (b) tatt inn kriterier etter mønster av 1951-konvensjonen artikkel 33 punkt 2, som skal gi EUs medlemsstater grunnlag for å tilbakekalle, nekte å fornye eller ikke å innvilge flyktningestatus. Artikkel 14 har

Utlendingsnemnda, *Fagnotat, Flyktningkonvensjonen art. 1 F*, 13. september 2002/oppdatert 10. februar 2005, s. 4.

²¹⁴ Jf foran, del IV, 3.1.

²¹⁵ Jf foran, del IV, 4.4 og 4.5.

²¹⁶ Se nærmere nedenfor, del IV, 8.2.

²¹⁷ *Council Directive 2004/83/EC* of 29 April 2004.

overskriften “Revocation of, ending of or refusal to renew refugee status”. De aktuelle bestemmelser lyder slik:

- “4. Member States may revoke, end or refuse to renew the status granted to a refugee by a governmental, administrative, judicial or quasi-judicial body, when:
 - (a) there are reasonable grounds for regarding him or her as a danger to the security of the Member State in which he or she is present;
 - (b) he or she, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that Member State.
5. In situations described in paragraph 4, Member States may decide not to grant status to a refugee, where such a decision has not yet been taken.”

Bestemmelsene i direktivet imøtekommer for så vidt det reelle hensynet som er angitt ovenfor. Ordet “exclusion” forekommer riktignok ikke i artikkel 14, til forskjell fra artikkel 12 og 17. De nevnte regler i artikkel 14 er i realiteten likevel ikke annet enn en lett tilslørt anvisning på nye eksklusjonsgrunner med samme virkning som 1951-konvensjonen artikkel 1 F. Direktivet er derfor traktatrettslig dristig. Bestemmelser i motstrid med 1951-konvensjonen er nemlig en folkerettslig nullitet, i den forstand at en stat som praktiserer eksklusjon i strid med 1951-konvensjonen vil krenke folkeretten uavhengig av om praksis har dekning i direktivet. Ved fortolkningen av 1951-konvensjonen vil nok direktivet være et relevant tolkningsmoment i dag, men også kun ett moment blant en rekke andre faktorer. UNHCRs kritikk av statusdirektivets forsøk på å innføre en ny eksklusjonskategori og organisasjonens langvarige standpunkt om at artikkel 1 F er uttømmende,²¹⁸ vil blant annet veie tungt sammen med konvensjonens ordlyd.

I lovutvalgets forslag til ny norsk utlendingslov er det inntatt en bestemmelse som i sin konsekvens pålegger norsk forvaltning å bryte med folkeretten, eventuelt legger opp til en konfronterende linje med den tradisjonelle fortolkningen av 1951-konvensjonen. Av § 45 nr 2 og utvalgets kommentarer til denne fremgår det således at en person ikke vil få rett til opphold som flyktning hvis vedkommende “med rimelig grunn anses som en fare for rikets sikkerhet, eller har fått en dom for en særlig alvorlig forbrytelse og av den grunn utgjør en fare for det norske samfunn”.²¹⁹ Bestemmelsen bygger ifølge utvalgets kommentarer “på ordlyden i artikkel 33(2), men har et annet anvendelsesområde”.²²⁰ Ut fra sammenhengen er det ikke tvil om at bestemmelsen må forstås slik at personer som anses som en fare for nasjonal sikkerhet ikke skal anerkjennes som flyktninger, med de rettigheter som følger denne status. Vi antar at lovutvalget på dette punkt har valgt å legge seg på samme linje som EU, i strid med UNHCRs veiledning. Den nevnte utelukkelsesgrunn bør etter vårt syn vurderes kritisk i den videre lovprosessen.

Den beste løsningen på denne lovgivningsmessige utfordringen vil etter vårt syn være at bestemmelsen i nevnte § 45 nr 2 utgår, slik at begge kategorier flyktninger i lovutkastet § 38 nr 1 likestilles med hensyn til eksklusjon. Det er i denne forbindelse viktig å understreke at utsendelse av personer som representerer en fare for rikets sikkerhet likevel vil kunne skje fra det tidspunkt vedkommende ikke lenger risikerer tortur eller annen umenneskelig behandling ved retur. I lovutkastet § 85 er det tatt høyde for at det kan gis en særskilt midlertidig og begrenset oppholdstillatelse til en utlending hvis eneste grunnlag for opphold er vernet mot utsendelse. Bestemmelsen lyder i sin helhet slik:

”Utlending hvis eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 84 [Absolutt vern mot utsendelse], får en midlertidig oppholdstillatelse inntil hinderet for utsendelse bortfaller. I oppholdstillatelsen kan det

²¹⁸ Se foran del II, 2.2.

²¹⁹ NOU 2004:20: *Ny Utlendingslov*, s. 400.

²²⁰ *Ibid.*

gis pålegg om at utlendingen skal oppholde seg på et bestemt sted. Det kan også fastsettes at tillatelsen ikke skal gi rett til å ta arbeid. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift. Oppholdstillatelse etter denne paragraf gir ikke rett til å besøke andre land som deltar i Schengensamarbeidet.”

Etter vår oppfatning bør lovgiver vurdere å utvide området for slik særskilt oppholdsstatus til også å omfatte flyktninger som antas å representere en fare for rikets sikkerhet og hvor 1951-konvensjonen artikkel 1 F ikke er anvendelig.²²¹ Rettsteknisk kan en eventuelt innføre et nytt nr 4 i den foreslåtte § 38, om at utlending som faller inn under § 38 nr 1 kun gis en særskilt midlertidig oppholdstillatelse etter mønster av § 85 dersom utlendingen med rimelig grunn anses som en fare for rikets sikkerhet.

Slik vi ser det, skal det svært sterke grunner til for at Norge bør etablere nye regler med et tvilsomt forhold til folkeretten på menneskerettighetens område. Slik rettsusikkerhet er også negativt for aktørene på området, inklusive norsk forvaltning som skal praktisere gjeldende lover og konvensjoner. At EU har åpnet for en muligens konvensjonsstridig utvidelse av eksklusjonsadgangen, illustrerer samtidig behovet for en internasjonal flyktningedomstol som kan avklare rettstilstanden for så vel flyktninger som medlemsstater, jf bemerkninger nedenfor i rapportens del VII.

6 Folkerettslig plikt til å ekskludere?

6.1 Problemstilling og rettslige utgangspunkter

Det er grunn til å spørre om en medlemsstat til 1951-konvensjonen har folkerettslig plikt til å anvende artikkel 1 D-F. Med “folkerettslig plikt” siktes det her til at unnlatelse av å ekskludere en person fra flyktningestatus eventuelt vil være en krenkelse av konvensjonen. I dette tilfellet vil naturligvis ikke den potensielle krenkelsen ramme individet, det vil si den som ikke utsettes for et vedtak om eksklusjon, men kun de øvrige medlemsstater. I prinsippet vil andre medlemsstater kunne saksøke den stat som krenker konvensjonen for Den internasjonale domstol i Haag (ICC), jf den særlige bestemmelsen om søksmålskompetanse i 1951-konvensjonen artikkel 38. Det har ikke skjedd, og spørsmålet kan derfor virke noe teoretisk. At spørsmålet stilles, kan likevel være nyttig for forståelsen av systemet og de normer som medlemsstatene uansett bør følge i sin nasjonale praktisering av konvensjonen.

Når det gjelder svaret på det spørsmål som er stilt, er det antakelig mer nyansert – og analysen mer kompleks – enn spørsmålsstillingen synes å forutsette. En kommer blant annet ikke helt utenom at spørsmålet har sammenheng med forståelsen av medlemsstatenes plikt til i utgangspunktet å anerkjenne personer formelt som flyktninger når de omfattes av vilkårene for flyktningestatus etter 1951-konvensjonen artikkel 1 A (2). Dette er i seg selv et omfattende og komplisert spørsmål.²²² Utgangspunktet er imidlertid at en medlemsstat enten må behandle asylsøkere som flyktninger eller foreta en betryggende, individuell saksbehandling, for dermed å kunne skille mellom konvensjonsflyktninger og andre.²²³ En medlemsstat kan ikke – uten å krenke grensene for lojal traktatgjennomføring, jf Wien-konvensjonen om traktaten artikkel 26 – innrette sine asylprosedyrer slik at personer som er flyktninger i konvensjonens forstand står uten reell mulighet til å bli anerkjent som flyktninger med rettigheter etter 1951-konvensjonen. Med enkelte presiseringer og modifikasjoner er det derfor en plikt for medlemsstatene til å anvende 1951-konvensjonen artikkel 1 A (2).²²⁴ Dette betyr samtidig at en medlemsstat heller ikke kan omgå eksklusjonsvurderingen ved å unnlate å anvende 1951-konvensjonen. Det vil for eksempel

²²¹ Jf også nedenfor del VI, 2.8.

²²² Se nærmere *Einarsen 2000*, s. 615-648.

²²³ *Ibid*, s. 619.

²²⁴ *Ibid*, s. 619 flg.

ikke være lojalt overfor medkontrahentene hvis en stat bevisst overser eller unnlater å ta stilling til spørsmålet om en asylsøker er “flyktning”, i den hensikt å slippe en vanskelig eller politisk ømtålig eksklusjonsvurdering.

Av dette følger at en stat heller ikke kan holde seg i bevisst uvitenhet om et mulig reelt eksklusjonsgrunnlag. Det siktes her først og fremst til tilfeller hvor det foreligger indikasjon på at en bestemt person, eventuelt en eller flere personer innenfor en bestemt gruppe asylsøkere, kan være ansvarlig for alvorlige kriminelle handlinger, jf 1951-konvensjonen artikkel 1 F. I slike tilfeller foreligger det etter vår oppfatning en folkerettslig plikt for statsmyndighetene til å undersøke nærmere – så langt som det innenfor rimelighetens grenser lar seg gjøre – om det er grunnlag for alvorlig mistanke om slike handlinger. Hva som er rimelig å kreve av undersøkelser og ressursbruk i denne forbindelse, er derimot vanskelig å si. På dette punkt vil medlemsstatene i utgangspunktet måtte tilkjennes en betydelig skjønnsmargin etter 1951-konvensjonen. Imidlertid må medlemsstatenes forpliktelser nå fortolkes i lys av blant annet foran nevnte resolusjon 1373 (2001),²²⁵ jf punkt 3 (f) og (g), som sterkt oppfordrer statene til å forsikre seg om at personer som er involvert i terrorisme ikke gis status som flyktninger. Det er derfor i samsvar med folkeretten at myndighetene ved mistanke om at en person har deltatt i terroristvirksomhet umiddelbart starter etterforskning. Etter vårt syn bør myndighetene følge den samme linjen i forhold til personer som kan mistenkes for å ha et ansvar for andre alvorlige handlinger, spesielt straffbare handlinger som omfattes av kategoriene folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser.

Det følger videre, med logisk konsekvens, at en medlemsstat ikke kan ha full frihet til å velge å avstå fra å ekskludere en person som ellers ville ha vært flyktning, når vilkårene for eksklusjon etter en av bestemmelsene i artikkel 1 D-F faktisk er funnet å være oppfylt. En kan med andre ord ikke generelt lese den engelske ordlydens modale hjelpeverb “shall” som “may” i artikkel 1 D-F. Ut fra en rettskildemessig sett mer helhetlig fortolkning av konvensjonen, må det likevel innrømmes at det er vesensforskjell mellom på den ene side artikkel 1 F og på den annen side artikkel 1 D og E. Mens internasjonal bekjempelse av alvorlig kriminalitet er en oppgave som fordrer en betydelig grad av internasjonal solidaritet og felles holdninger og politikk for å kunne være effektiv, er de hensyn som begrunner eksklusjon etter artikkel 1 D og artikkel 1 E så vidt spesielle at det ikke på noen måte kan sies å være det samme behovet for en streng fortolkning av plikten til å ekskludere i disse tilfellene. Formålet med bestemmelsene taler dermed imot en ubetinget plikt til å ekskludere selv om vilkårene etter artikkel 1 D-E må anses oppfylt. Statspraksis viser for øvrig at flere medlemsstater til 1951-konvensjonen – etter vårt syn med rette – ikke synes å ha oppfattet plikten til å ekskludere like strengt som i relasjon til artikkel 1 F.²²⁶

På denne bakgrunn kan det konkluderes med at en medlemsstat i hvert fall har en folkerettslig plikt til å vurdere om eksklusjon kan være berettiget når en person i realiteten oppfyller kriteriene for flyktningestatus etter artikkel 1 A (2), gitt at det i saken er opplysninger som tyder på at vilkårene for eksklusjon er eller kan være til stede.

6.2 Avståelse fra eksklusjon på grunnlag av proporsjonalitetsbetraktninger?

Foran i denne rapporten er det drøftet om proporsjonalitet mellom de handlinger som kan berette eksklusjon etter 1951-konvensjonen artikkel 1 F, og den forfølgelse som vedkommende risikerer ved retur til hjemlandet, er et vilkår for eksklusjon.²²⁷ Vi konkluderte der med at hovedregelen må være at proporsjonalitet ikke er et vilkår for eksklusjon i forhold til personer som har begått alvorlig kriminalitet som omfattes av artikkel 1 F. Det betyr at en medlemsstat kan ekskludere, uavhengig av hvilke konsekvenser vedkommende risikerer.

²²⁵ United Nations Security Council, *Resolution 1373* (2001).

²²⁶ Jf foran del IV, 2.1, del III, 3.4.

²²⁷ Jf del IV, 3.8.

Unntaket, slik vi vurderer det, er at det er berettiget tvil om den handlingen som han mistenkes for er så alvorlig at den dekkes av virkeområdet for artikkel 1 F.

Et annet spørsmål er om en medlemsstat også i andre tilfeller kan avstå fra eksklusjon på grunnlag av proporsjonalitetsbetraktninger, uten å krenke plikten til ekskludere etter 1951-konvensjonen. Vi skal her nevne tre mulige typetilfeller:

(1) Ved bevisvil om hvorvidt det foreligger “alvorlig mistanke” i konvensjonens forstand om vedkommende er ansvarlig for handlinger som dekkes av artikkel 1 F, er det etter vårt syn fornuftig å ta i betraktning konsekvensene av eksklusjon. Proporsjonalitetsbetraktninger bør med andre ord tale for vern som flyktning når det er saklig og velbegrunnet tvil om hvorvidt beviskravet er oppfylt, og konsekvensen av eksklusjon er alvorlig. Poenget kan antakelig generaliseres: Staten bør anses for å ha en viss folkerettslig margin i de skjønnsmessige sider av en eksklusjonsvurdering, herunder i bevisvurderingen, i favør av individet.

(2) En viss statlig skjønnsmargin i favør av individet er folkerettslig sett rimelig også ut fra et annet forhold, nemlig at eksistens av alternativ beskyttelse til 1951-konvensjonen varierer medlemsstatene imellom. Dersom statsmyndighetene subsidiært er forpliktet til å vurdere andre internasjonale eller nasjonale grunnlag for beskyttelse mot overgrep i utlendingens hjemland, for eksempel etter EMK, er de rettslige realiteter en annen enn hvis det kun er 1951-konvensjonen som er aktuell. Dette tilsier at proporsjonalitetsbetraktninger i relasjon til eksklusjon etter 1951-konvensjonen bør kunne ha større plass jo færre alternativer til flyktningestatus som finnes i nasjonal rett. Sett i lys av at 1951-konvensjonen er en del av de internasjonale menneskerettigheter, samtidig som vern mot tortur og umenneskelig behandling generelt sett er en del av sistnevnte, er en slik fortolkning av 1951-konvensjonen i godt samsvar med overordnede, folkerettslige prinsipper.

(3) Ut fra det samme resonnement som tidligere er gjort gjeldende foran om den mer betingete plikten til å ekskludere etter artikkel 1 D-E,²²⁸ er det etter vårt skjønn lite å innvende mot at en stat eventuelt gjør bruk av proporsjonalitetsbetraktninger ved praktiseringen av disse spesielle eksklusjonsreglene.

7 Eksklusjonsliknende bestemmelser

7.1 1951-konvensjonen artikkel 32 (1) og artikkel 33 (2)

Adgangen til å returnere eller utvise flyktninger som omfattes av flyktningedefinisjonen i 1951-konvensjonen artikkel 1 A (2), uten at noen opphørs- eller eksklusjonsgrunn i artikkel 1 C-F får anvendelse, er begrenset. Det finnes likevel enkelte åpninger allerede i 1951-konvensjonen selv, som i realiteten fungerer som eksklusjonsliknende bestemmelser. Til forskjell fra eksklusjon etter artikkel 1 F, vil anvendelse av de eksklusjonsliknende bestemmelsene ikke medføre bortfall av personens status som flyktning. Det betyr også at vedkommende har sine øvrige rettigheter som flyktning i behold så lenge oppholdet i tilfluktsstaten vedvarer, det vil si inntil frivillig utreise finner sted eller utsendelsen blir effektivt.

1951-konvensjonen art 32 punkt 1 åpner for utvisning av en flyktning som har fått lovlig opphold (oppholdstillatelse) i tilfluktsstaten, hvis vedkommende representerer en fare for nasjonal sikkerhet eller den offentlige orden:

“The Contracting States shall not expel a refugee lawfully in their territory save on grounds of national security or public order.”

²²⁸ Jf foran del IV, 6.1, jf 2.1 og del III, 3.4.

Begrepene “national security” og “public order” er i utgangspunktet vage begreper. De innbyr til brede, skjønnsmessige vurderinger, hvor det ikke alltid vil være noe klart skille mellom juss og politikk. Som påpekt av Stenberg i hennes doktorgradsarbeid om 1951-konvensjonen artikkel 32 og artikkel 33, er det likevel grunn til å merke seg at forarbeidene til artikkel 32 viser at det var meningen at de nevnte begreper skal fortolkes restriktivt.²²⁹ Det er også i samsvar med 1951-konvensjonens primære formål om beskyttelse av flyktninger. Samtidig synes det å fremgå av de samme forarbeider at medlemsstatene et stykke på vei vil kunne gi innhold til begrepene gjennom tilsvarende begrepsmessige forestillinger av nasjonalrettslig karakter.²³⁰ Den etterfølgende rettsutvikling innenfor internasjonale menneskerettigheter må uansett tas i betraktning ved rettsanvendelsen i dag. I hvert fall begrepet “national security” synes å ha fått et mer fast innhold gjennom instrumenter som SP og EMK. Det følger av etablerte folkerettslige tolkningsprinsipper at det ved fortolkningen av 1951-konvensjonen dermed bør tas for øye den veiledning som for eksempel rettspraksis fra EMD vil kunne gi om når en stats sikkerhet kan anses for å være alvorlig truet av enkeltpersoner eller medlemmer av bestemte grupper, også når forholdet er at slike personer søker asyl i vedkommende stat.

Uten at det her er anledning til å gå nærmere inn i materien om når en stats sikkerhet er truet, skal det fremholdes at utvisning av flyktninger i medhold av 1951-konvensjonen artikkel 32 bør være forbeholdt spesielle tilfeller. De mest nærliggende eksempler gjelder personer som det er grunn til å tro har en viss tilknytning til personer som er eller antas å være involvert i internasjonal terrorisme, uten at det per dato foreligger bevis for medvirkning til straffbare handlinger. Dette vil gjelde personer som gjennom sin virksomhet, miljømessige tilknytning og antatte holdninger av myndighetene vil anses som en konkret trussel mot tilflyktslandets interne sikkerhet, eventuelt dens eksterne sikkerhet eller samarbeid med andre stater. Det mest kjente konkrete eksempel fra nyere norsk praksis gjelder utvisningen av Mullah Krekar.²³¹ Slik bakgrunnen for saken er beskrevet, og slik utvisningsvedtaket er begrunnet, faller det etter sitt innhold innenfor rammen av 1951-konvensjonen artikkel 32 punkt 1.

Etter artikkel 32 punkt 2 har flyktningen krav på en rettferdig utvisningsprosess og rett til å søke om opphold i et annet land etter artikkel 32 punkt 3. Utvisningen kan dermed ikke effektueres før vedkommende har fått rimelig tid til å søke om innreise til et annet land. Dette gjelder naturligvis ikke i de tilfeller hvor straffeforfølgning, utvisning eller utlevering er aktuelt på grunnlag av straffbare handlinger som er begått av flyktningen.

En forutsetning for utvisning er at den ikke strider mot forbudet i artikkel 33 mot å returnere flyktninger til et område hvor forfølgelse risikeres (forbudet mot *refoulement*). Etter 1951-konvensjonen gjelder det likevel to unntak, jf artikkel 33 punkt 2:

“The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.”

Det første unntaket gjelder flyktninger som det er rimelig grunn til å tro utgjør en fare for tilflyktsstatens sikkerhet. Terroristmistenkte asylsøkere og flyktninger kan falle under denne bestemmelsen. Den omfatter personer som det er rimelig grunn til å mistenke for involvering i internasjonal terrorisme. Her kreves i utgangspunktet verken domfellelse eller formalisert

²²⁹ Jf Stenberg, *Non-Expulsion and Non-Refoulement*, Uppsala 1989, s. 132, s. 146, jf s. 165.

²³⁰ *Ibid*, s. 146.

²³¹ UDI, *Vedtak om tilbakekall av asylstatus, reisebevis, bosettingstillatelse og tidligere arbeids- og oppholdstillatelser – vedtak om utvisning og innmelding i Schengen Information System – Borger av Irak – Faraj Ahmad, Najmuddin – f.0707.1956 – Alias Mullah Krekar*, Oslo 19.02.2003; UNE, *Klage fra Faraj Ahmad, alias mullah Krekar*, vedtak av 12.5.2005.

straffeforfølgning, og nettopp derfor er det ut fra rettssikkerhetsmessige hensyn grunn til å utvise varsomhet. Folkerettslig sett er det mye som taler for at dette unntaket må tolkes snevrere enn hva ordlyden i art 33 punkt 2 synes å indikere. Antakelig bør det kreves at den mistenkte flyktningen utgjør en kvalifisert trussel mot rikets sikkerhet.²³² Det vil samtidig hindre misbruk av bestemmelsen i nasjonal rett. Når det gjelder beviskravet, er det imidlertid nok at vedkommende med rimelighet kan regnes for å representere en slik trussel. Dette kravet er således mindre enn beviskravet ved eksklusjon fra flyktningestatus.²³³

Det andre unntaket gjelder flyktninger som har blitt endelig straffedømt i inn- eller utland for en alvorlig forbrytelse. Kategorien omfatter i utgangspunktet såkalt ordinær kriminalitet av alvorlig karakter, for eksempel et forsettlig drap i familieforhold. Slike personer vil ikke nødvendigvis utgjøre noen trussel mot samfunnet i tilfluktsstaten. Mange straffbare handlinger er således situasjonsbetinget, hvor gjentakelsesfaren er relativt liten. I andre tilfeller kan den være del av et kriminelt mønster hos gjerningsmannen, og da kan gjentakelsesfaren være høyst reell. Ofte vil det ikke være lett å forutsi om vedkommende person vil utgjøre en fremtidig trussel. Hvis det dreier seg om en person som har vært straffet for forhold rubrisert som terrorisme, kan trusselvurderingen fortone seg enklere. Men også i slike tilfeller må utlendingsmyndighetene bevare sin kritiske sans. Spesielt kan det være grunn til forsiktighet når det gjelder straffedømte motstandere av et undertrykkende regime. Både det straffbare forholds karakter og straffens lengde vil kunne spille inn ved vurderingen av trusselbildet, men den politiske konteksten må også tas i betraktning. En person som tyr til væpnede metoder i en intern nasjonal konflikt, og er straffedømt for det i hjemlandet, behøver selvsagt ikke å utgjøre noen trussel i tilfluktsstaten. Når det derimot gjelder personer som er dømt for forhold som påviselig eller med stor grad av sannsynlighet har tilknytning til internasjonal terrorisme, vil vedkommende kunne utgjøre en kvalifisert trussel selv om de konkrete straffbare handlinger han er dømt for i utlandet isolert sett ikke var av de mest alvorlige eller medførte noen spesielt lang fengselsstraff.

7.2 EUs statusdirektiv

Foran i del IV, 5 er eksklusjonsliknende bestemmelser i EUs statusdirektiv trukket inn i drøftelsen av om nasjonal sikkerhet gir grunnlag for eksklusjon etter 1951-konvensjonen artikkel 1 F, og det vises til fremstillingen der særlig hva gjelder artikkel 14 i direktivet. Her skal ellers bare kort nevnes at artikkel 12 i direktivet om eksklusjon fra flyktningestatus er bygget over samme lest som 1951-konvensjonen, med nesten samme ordlyd som bestemmelsene i 1951-konvensjonen artikkel 1 D-F. I direktivets artikkel 12 punkt 3 er det uttalt at eksklusjonsreglene i punkt 2, som tilsvarer 1951-konvensjonen artikkel 1 F, også gjelder “persons who instigate or otherwise participate in the commission of the crimes”. En slik bestemmelse er ikke inntatt i 1951-konvensjonen, men som det fremgår av fremstillingen foran gjelder det uansett en medvirkningslære etter artikkel 1 F som dekker presiseringen i direktivet.²³⁴

Artikkel 17 i direktivet gjelder eksklusjon fra subsidiær beskyttelsesstatus ved alvorlige krenkelser (“serious harm”). Begrepet “subsidiary protection” er i artikkel 15 definert gjennom henvisning til fare for alvorlige krenkelser i form av dødsstraff, tortur, umenneskelig behandling og vilkårlig voldsutøvelse mot sivile i væpnede konflikter. En i vår sammenheng viktig utvidelse av anvendelsesområdet for eksklusjon ved subsidiær beskyttelse fremgår av artikkel 17 punkt 1 bokstav (d): Utlendinger som utgjør en fare for samfunnet eller sikkerheten i tilfluktsstaten er ekskludert fra subsidiær status på lik linje de tradisjonelle kategorier som omfattes av 1951-konvensjonen artikkel 1 F. Likevel vil vernet etter det folkerettslige *non-refoulement* prinsippet gjelde også i disse tilfellene. EU kan ikke etablere nye rettsregler som er i strid med folkeretten.

²³² *Ibid*, s. 220.

²³³ Jf foran del IV, 3.9.

²³⁴ Jf foran del IV, 3.4. Se også del IV, 4.4 om medvirkning spesielt til terrorhandling.

8 Forholdet til beskyttelsesregler utenfor 1951-konvensjonen

8.1 Menneskerettigheter og bekjempelse av alvorlig kriminalitet

I kampen mot terrorismen vil menneskerettslige krav om rettssikkerhet, forholdsmessighet mellom mål og midler og absolutte grenser for statens bruk av makt kunne oppleves som en hemsko. Ved nærmere ettertanke bør det imidlertid fremstå som klart at det ikke er noen reell motsetning mellom menneskerettigheter og kamp mot terrorisme, spesielt ikke når målet er å verne om den demokratiske rettsstaten og gi folk frihet fra frykt i hverdagen. I dette ligger det også en forutsetning om at internasjonale menneskerettigheter har innebygget en betydelig grad av fleksibilitet som tillater staten å velge mellom forskjellige effektive virkemidler, også når det legges bånd på hva staten kan gjøre eller ikke gjøre. Det kan være verdt å minne om den klassiske begrunnelsen for forbudet mot tortur i strafferettspleien, nemlig både “hvor usikkert og tillige grusomt et Middel Torturen er til at opdage Sandheden”.²³⁵ Siden innføringen av torturforbudet i medhold av Grunnloven § 96 er det ingen som for alvor har ment at dette virkemiddelet bør gjeninnføres i norsk rett. Det ville være paradoksalt om man i Norge i dag skulle velge en slik vei, eller eventuelt å gå tilbake på de idealer som er nedfelt i Grunnloven § 110 c og Menneskerettsloven av 1999 av frykt for ikke å ha alle virkemidler tilgjengelige. Det ville i realiteten være å gi etter for den gjennomgripende frykten som internasjonale terrorister i våre dager nettopp ønsker å skape grobunn for i vestlige land, og gi terroristene rett i propagandaen om alle feil og svakheter ved de moderne demokratier. På denne bakgrunn er det allerede i utgangspunktet viktig å understreke at foran nevnte resolusjon 1373 ikke kan forstås slik at den gir FNs medlemsstater adgang til å bryte internasjonale menneskerettigheter ved bekjempelse av terrorisme.

8.2 Det absolutte vernet mot tortur og umenneskelig behandling

1951-konvensjonens forbud mot *refoulement* er supplert av eksplitt eller implisitt asylrelaterte bestemmelser i andre konvensjoner, både på globalt og regionalt plan. Aktuelle bestemmelser omfatter SP artikkel 7, CAT artikkel 3, BK artikkel 37a og EMK artikkel 3. Her skal oppmerksomheten konsentreres om sistnevnte.²³⁶ EMK gjelder – i likhet med SP og BK – som del av norsk lov med forrang fremfor andre lovbestemmelser, jf menneskerettsloven §§ 2-3, og EMK artikkel 3 har vært undergitt fortolkning gjennom rettspraksis ved Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD).

EMK artikkel 3 lyder:

“No one shall be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment.”

I den prinsipielt viktige *Soering*-saken – som gjaldt spørsmål om adgangen til utlevering av en tysk statsborger fra England til USA på grunnlag av mistanke om drap – la EMD i plenum til grunn at det ikke kunne være forenlig med verdigrunnet for EMK å overgi en person til en annen stat “where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture”.²³⁷ I den konkrete saken fant EMD for øvrig at *Soering* risikerte å bli dømt til døden og kanskje tilbringe seks til åtte års venting på at straffen skulle bli fullbyrdet, såkalt “death row”, og at slik behandling er umenneskelig. England hadde følgelig ikke adgang til å utlevere *Soering* til USA.

²³⁵ Sitatet er fra motivene til det norske reskriptet fra 1790 som gjorde slutt på bruk av tortur i norsk strafferettspleie, her sitert etter gjengivelsen i Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, Oslo 1994, s. 425.

²³⁶ Om betydningen og anvendeligheten av CAT artikkel 3 og BK artikkel 37a samt BK artikkel 38 punkt 2 og punkt 3 i asylsaker, se *Einarsen 2000*, s. 451-464 og s. 605-606 (barnesoldater).

²³⁷ *Soering v. United Kingdom* (dom av 07.07.1989), avsnitt 88.

Regelen er at hvis det kan påvises en reell risiko for at en utlending vil bli behandlet i strid med substansen i artikkel 3 i en annen stat, så er en medlemsstat til EMK avskåret fra å iverksette utlevering eller annen form for utsendelse til vedkommende stat. Dette gjelder uansett om mottakerstaten er medlem av EMK eller ikke. Prinsippet utlegges gjerne som at EMK artikkel 3 har ekstraterritoriell virkning.

Begrepet reell risiko ("a real risk") innebærer i henhold til rettspraksis at det må være mer enn en rent teoretisk mulighet for at den uønskede handlingen skal inntreffe, men det er ikke noe krav om sannsynlighetsovervekt. På dette punkt er det likhet mellom kravet til velgrunnet frykt for forfølgelse etter 1951-konvensjonen artikkel 33, jf artikkel 1, og EMK artikkel 3. Et vanskelig spørsmål gjelder anvendeligheten av vernet i de tilfeller hvor bestemte deler av det aktuelle landet antas å være trygt og som vedkommende kan returneres til, det vil si at det ut fra en rimelig risikokalkyle eksisterer et tilgjengelig internt flukktalternativ.²³⁸ De konkrete vurderinger i så måte var for øvrig et avgjørende punkt i vedtaket om å utvise Mullah Krekar til Irak.²³⁹

Et svært viktig spørsmål er om EMK artikkel 3 i motsetning til 1951-konvensjonen (artikkel 33, jf art 1) har en *absolutt* karakter, eller om det gjelder unntak for eksempel i relasjon til personer som er mistenkt for terrorisme og eventuelt er begjært utlevert av en annen stat. EMD besvarte spørsmålet i plenum i *Chahal*-saken av 1996.²⁴⁰ Problemstillingen i saken var om Chahal, som var mistenkt for medvirkning til terrorisme i India og som britiske myndigheter anså som en alvorlig sikkerhetsrisiko i Storbritannia, kunne utvises til India. EMD fant under dissens 12-7 at art 3 gir uttrykk for en av de mest grunnleggende verdier i et demokratisk samfunn og at bestemmelsen setter et absolutt forbud mot tortur eller umenneskelig behandling eller straff, uavhengig av det potensielle offerets egne handlinger. Bestemmelsen åpner ikke for unntak, og det er ikke tillat å fravike forbudet i nødssituasjoner for staten, jf EMK artikkel 15. Det er heller ikke rom for å balansere risikoen for slik behandling mot grunnlaget for utsendelsen. Mindretallet i *Chahal* var uenig i det siste, og tok til orde for at det burde kunne foretas en avveining av risikoen for individet mot statens sikkerhetsbehov.

Det er nok et åpent spørsmål om *Chahal*-saken ville ha blitt avgjort på samme måte av EMD i dag, etter 11. september (2001). Det kan ikke utelukkes at EMD i en fremtidig sak som angår terrormistenkte personer kan komme til å innta et annet standpunkt med hensyn til den absolutte karakteren av artikkel 3. På den annen side er det relativt sjelden at EMD fraviker egne prinsipielle avgjørelser, særlig når de er avsagt i plenum. Det kan heller ikke ses at resolusjon 1373 på noe punkt er uforenlig med eksistensen av et absolutt vern mot tortur og umenneskelig behandling. *Chahal* stenger således ikke for utelukkelse fra flyktningestatus eller tilbakekall av en begunstiget oppholdsstatus, eller for straffeforfølgning innenfor menneskerettslige rammer. Mest sannsynlig vil EMD fastholde *Chahal*-prinsippene, men kanskje stilltiende akseptere en viss relativisering av beviskravet for at det foreligger en reell risiko for behandling i strid med artikkel 3 sett lys av hvor alvorlige terrorhandlinger vedkommende er mistenkt for.²⁴¹ Inntil videre må det legges til grunn at *Chahal* stadig uttrykker gjeldende EMK-rett, som dermed også er gjeldende norsk rett. Prinsippet i *Chahal* ble for øvrig bekreftet av EMD i *Case of N. v. Finland* i 2005.²⁴²

²³⁸ Jf *Einarsen 2000*, s. 438 jf s. 420-424.

²³⁹ UDI, *Vedtak om tilbakekall av asylstatus, reisebevis, bosettingstillatelse og tidligere arbeids- og oppholdstillatelser – vedtak om utvisning og innmelding i Schengen Information System – Borger av Irak – Faraj Ahmad, Najmuddin – f.0707.1956 – Alias Mullah Krekar*, Oslo 19.02.2003; UNE, *Krekar-saken*, vedtak av 12.5.2005.

²⁴⁰ *Chahal v. United Kingdom* (dom av 15.11.1996).

²⁴¹ Et mulig eksempel i denne retning er saken *H.L.R. v. France* (dom av 29.04.1997), som gjaldt utvisning av en straffedømt narkotikasmugler fra Colombia. Se nærmere om denne saken og problemstillingen i *Einarsen 2000* s. 447-450.

²⁴² *Case of N. V. Finland*, Judgment 26 July 2005, par. 159: "As the prohibition provided by Article 3 against torture, inhuman and degrading treatment or punishment is of absolute character, the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration."

I *Krekar*-saken la UDI og UNE etter vår mening korrekt til grunn at EMK artikkel 3 innebærer et absolutt vern mot utsendelse.²⁴³ Vernet etter EMK artikkel 3 har altså stor betydning for hvorledes internasjonal terrorisme og annen alvorlig internasjonal kriminalitet i Europa og Norge kan bekjempes i en utlendingsrettslig sammenheng.

8.3 Forbud mot dødsstraff, dobbelstraff og dobbel straffeforfølgning

Det er diskutabelt og fortsatt uavklart i hvilken utstrekning også andre bestemmelser i EMK enn artikkel 3 kan fungere som selvstendige forbud mot utsendelse til andre land.²⁴⁴ I *Soering*-saken holdt EMD muligheten åpen for at EMK artikkel 6 – retten til en rettfærdig rettergang – i alvorlige tilfeller av manglende rettssikkerhet i mottakerlandet kan gis slik virkning.²⁴⁵

To av de andre mest aktuelle bestemmelser i så måte gjelder retten til respekt for livet etter EMK artikkel 2 og forbudet mot dødsstraff i medhold av EMK sjette tilleggsprotokoll artikkel 1. Spørsmålet ble ikke løst i den foran nevnte *Soering*-saken, fordi det ikke var den aktuelle dødsstraffen i seg selv som var avgjørende for EMD, men den lange ventetiden mellom straffedom og fullbyrdelse. Spørsmålet om forholdet til sjette tilleggsprotokoll kom heller ikke på spissen siden Storbritannia ikke hadde ratifisert denne.

Enten begrunnelsen forankres i EMK artikkel 3 eller i sjette tilleggsprotokoll artikkel 1, er det imidlertid mye som taler for at det vil være i strid med EMK å utlevere, utvise eller på annen måte sende en person til et land hvor det er realistisk at vedkommende risikerer dødsstraff. Det internasjonale samfunn og mange enkeltstater, inklusive Norge, står i så måte overfor et mulig problem ved bekjempelsen av terrorisme, siden saken kan ligge slik an at den for øvrig burde irtteføres nettopp i et land som fortsatt har dødsstraff. Når spørsmålet oppstår i forbindelse med en utleveringsbegjæring, vil det kunne løses ved at det knyttes vilkår til utleveringen om at dødsstraff mot vedkommende ikke må fullbyrdes, jf utleveringsloven § 12 første ledd bokstav d.

En annen aktuell bestemmelse er forbudet mot dobbelstraff og dobbel straffeforfølgning (*ne bis in idem*), jf EMK syvende tilleggsprotokoll artikkel 4. Her fremgår det imidlertid uttrykkelig av ordlyden at forbudet gjelder ny straffeforfølgning eller ny straff for samme straffbare handling under *den samme statens* domsmyndighet.²⁴⁶ Denne bestemmelsen forhindrer altså ikke at en person blir straffet for samme forbrytelse to eller flere ganger i forskjellige land. FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 punkt 7 skal formentlig forstås på samme måte.²⁴⁷

Det må likevel sies at disse “internasjonale” begrensninger i forbudet mot dobbelstraff og dobbel straffeforfølgning er vanskelig å begrunne i menneskerettslige hensyn. For individet må det virke like urettferdig og trolig innebære en enda større påkjenning å skulle bli straffet flere ganger i forskjellige land enn flere ganger i samme land for den samme forbrytelsen, forutsatt at det er tale om en reell rettergang. Det er nok derfor mye som taler for at dobbelstraff og dobbel straffeforfølgning i forskjellige land etter omstendighetene

²⁴³ UDI, *Vedtak om tilbakekall av asylstatus, reisebevis, bosettingstillatelse og tidligere arbeids- og oppholdstillatelser – vedtak om utvisning og innmelding i Schengen Information System – Borger av Irak – Faraj Ahmad, Najmuddin – f.0707.1956 – Alias Mullah Krekar*, Oslo 19.02.2003; UNE, *Krekar-saken*, vedtak av 12.5.2005.

²⁴⁴ Se med videre henvisninger, *Einarsen 2000*, s. 433-434.

²⁴⁵ *Soering v. United Kingdom*, foran note 17, avsnitt 113.

²⁴⁶ EMK syvende tilleggsprotokoll artikkel 4 punkt 1 lyder slik: “No one shall be liable or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.”

²⁴⁷ SP artikkel 14 punkt 7 lyder: “No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.”

kan rammes av EMK artikkel 3, forbudet mot “inhuman or degrading treatment or punishment”.

Hensynet til å motvirke dobbelstraff og dobbel straffeforfølgning er for øvrig ivarettatt av flere andre europeiske spesialkonvensjoner, jf Den europeiske utleveringskonvensjonen av 1957, Den europeiske konvensjon om internasjonal gyldighet av straffedommer av 1970 og Den europeiske konvensjon om overføring av straffesaker av 1972. Utleveringsloven § 8 omhandler samme problemstilling, og oppstiller mye av de samme begrensninger. Utlevering vil likevel kunne foretas når den straffbare handling var rettet mot en person, en institusjon eller annet som er av offentlig karakter i den anmodende stat, eller når gjerningsmannen selv hadde offentlige verv i denne stat, jf utleveringsloven § 8 annet ledd. Dette unntaket vil kunne få anvendelse i relasjon til personer som ønskes fortsatt straffeforfulgt i et annet europeisk land for internasjonal terrorisme. I slike tilfeller bør det likevel vurderes om ny (fortsett) straffeforfølgning kan komme i strid med EMK artikkel 3.

Adgangen til å straffeforfølge personer i Norge som allerede har vært under straffeforfølgning i et annet europeisk land for samme forhold er begrenset etter straffeloven § 12 a. Et viktig unntak fra dette følger av straffeloven § 12 a annet ledd, bokstav d, nemlig “når handlingen var kapring av luftfartøy eller en annen internasjonal forbrytelse etter folkeretten”. Et annet potensielt viktig unntak fra dobbel straffeforfølgning i relasjon til terrorister er hjemlet i strl § 12 annet ledd bokstav e; “for så vidt annet følger av utleveringstraktat eller flersidig internasjonal overenskomst”. Straffeloven forutsetter med andre ord at statene når det gjelder alvorlige, internasjonale forbrytelser kan avtale unntak fra det vern som ellers måtte gjelde mot dobbelstraff og dobbel straffeforfølgning. Men også her bør det minnes om at straffebehovet kan komme i konflikt med menneskerettslige hensyn til de straffeforfulgte individer, jf ovennevnte EMK artikkel 3, jf menneskerettsloven §§ 2-3 og straffeloven § 1 annet ledd. Rettstilstanden på dette feltet vil trolig måtte avklares gjennom rettspraksis.

8.4 Retten til respekt for familielivet etter EMK artikkel 8

Et annet viktig unntak fra adgangen til å sende utlendinger ut av landet følger av retten til respekt for familielivet. Utsendelse av terrormistenkte og personer som er mistenkt for andre internasjonalt straffbare handlinger skal således ikke finne sted dersom dette vil innebære et uforholdsmessig inngrep overfor utlendingen eller hans nærmeste familie, jf EMK artikkel 8 og tilsvarende bestemmelser i BK og SP. I en vurdering av uforholdsmessighet vil blant annet alvoret i de handlinger vedkommende er mistenkt for måtte hensyntas. Det vil i de tilfeller som her has for øye normalt bety at retten til respekt for familielivet og hensynet til vedkommendes barn ikke vil være til hinder for utsendelse.²⁴⁸

²⁴⁸ Forholdet til EMK artikkel 8 og barnekonvensjonen ble prøvet av Oslo tingrett i *Krekar*-saken, Oslo tingrett 2005, uten å føre frem, dom av 27.9.2005, s. 58-61. Utvisningen, som dels var begrunnet i hensynet til rikets sikkerhet, ble dermed opprettholdt.

V Utvalgte opphørsspørsmål

1 Innledende bemerkninger

Folkerettens regler om flyktninger har som formål å gi personer som mangler adekvat beskyttelse mot forfølgelse i hjemlandet et alternativt vern i et annet land, og garantere flyktningene viktige rettigheter i eksil. Det internasjonale vernet skal vare inntil de trygt kan vende hjem eller får permanent opphold i tilfluktsstaten eller et annet land. 1951-konvensjonen bygger på at flyktningsituasjonen dermed prinsipielt har en midlertidig karakter, i den forstand at behovet for vern som flyktning kan bortfalle. Etter reglene om opphør av flyktningsstatus i artikkel 1 C kan dette skje enten på grunn av endrede forhold i hjemlandet eller fordi vedkommende flyktning gjennom frivillige handlinger i realiteten har gjenvunnet sin beskyttelse i hjemlandet. Opphør etter 1951-konvensjonen inntreffer prinsipielt uavhengig av et eventuelt statlig vedtak som legger til grunn at opphør har funnet sted. Opphør må videre holdes atskilt fra forvaltningsmessig tilbakekall av flyktningsstatus basert på en etterfølgende vurdering av at det var en feil at vedkommende først ble anerkjent som flyktning, fordi det senere blir klart at anerkjennelsen skyldtes feil i de faktiske forhold som var avgjørende for utfallet.

Fordi man ikke på forhånd kan si om eller når en opphørsgrunn vil inntreffe i forhold til bestemte personer, kan en stats innvilgelse av asyl til flyktninger ikke være tidsbestemt. Staten kan imidlertid velge å gi midlertidig oppholdstillatelse til flyktninger, og ved utløpet av tillatsen kan staten eventuelt foreta en vurdering av om det foreligger en opphørsgrunn. Staten kan i virkeligheten – rettslig sett – på et hvilket som helst tidspunkt igangsette en slik vurdering. Det forutsetter imidlertid at staten respekterer 1951-konvensjonen, slik at opphørsspørsmålet holdes adskilt fra en fornyet vurdering av om vedkommende person nå oppfyller kriteriene for inklusjon etter artikkel 1 A (2). Poenget med særskilte opphørsbestemmelser er nettopp at status som flyktning skal ha en viss stabilitet for dem det gjelder, og at flyktninger skal slippe å måtte repetere og gjentatte ganger bevise sitt fortsatte behov for beskyttelse uten at det foreligger klare, objektive holdepunkter for å anta at flyktningsituasjonen er endret seg.²⁴⁹ Det kan synes som at opphørsspørsmål undertiden i nasjonal rett blir behandlet på en måte som ikke helt samsvarer med 1951-konvensjonens system og prinsipper.²⁵⁰

Generelt sett spiller uansett opphørsreglene en relativt tilbaketrukket rolle i de fleste asylland.²⁵¹ I mange tilfeller vil en persons folkerettslige flyktningsstatus reelt sett opphøre uten at det får nærmere konsekvenser, noe som også gjelder for rettstilstanden i Norge.²⁵² I henhold til norsk praksis blir de opphørsgrunnene som refererer til handlinger fra utlendingen vurdert når myndighetene blir kjent med handlingene, jf artikkel 1 C (1) – (4). I forhold til endringer i hjemlandet (eller det land hvor utlendingen bodde), er det i praksis kun i tilknytning til utvisningssaker at opphør og tilbakekall av oppholdstillatelse blir vurdert.²⁵³

²⁴⁹ Dette poenget er fremhevet med litt andre ord i UNHCR, *Handbook* par. 112.

²⁵⁰ Jf *Einarsen 2000*, s. 503, hvor det er påpekt at en forsvarlig fortolkning og anvendelse av de enkelte opphørsgrunner krever forståelse for opphørssystemets indre logikk og grunntanker siden systemet ellers kan være lett å misforstå.

²⁵¹ Jf foran del III, 3.5.

²⁵² Jf NOU 2004: 20, *Ny Utlendingslov*, s. 438: “Selv om utlendingen etter flyktningkonvensjonen har opphørt å være flyktning, er det ingen automatikk i at dette følges opp av norske myndigheter med et vedtak om tilbakekall av flyktningsstatus. Tilbakekallsbestemmelsen i utlendingsloven § 18 annet ledd fastslår kun at status kan tilbakekalles.”

²⁵³ *Ibid*, s. 139.

Denne måte å praktisere opphørsreglene på, må generelt sett sies å være i godt samsvar med 1951-konvensjonens ånd.

Forutsetningen for at opphørsspørsmålet skal være aktuelt, er at vedkommende person på et tidligere tidspunkt har oppfylt kriteriene for flyktningestatus etter artikkel 1 A (2). Det typiske er at spørsmål om opphør først oppstår etter at en person er blitt formelt anerkjent som flyktning i tilfluktsstaten. Det kan imidlertid også tenkes at både kriteriene for inklusjon etter artikkel 1 A (2) og vilkårene for opphør muligens foreligger forut for vedtakstidspunktet. I slike tilfeller vil det være riktig å behandle både inklusjons- og opphørsspørsmålet samtidig i asylsaken. En eventuell ensidig fokusering på opphørsspørsmålet medfører fare for flyktningens rettssikkerhet i de tilfeller hvor faren for forfølgelse kan ha skiftet karakter i tiden mellom asylsøknad og vedtakstidspunkt, for eksempel at faren nå (også) relaterer seg til andre mulige forfølgere. Et særlig spørsmål er om det er i samsvar med folkeretten at opphørskriteriene blir tolket til å være en ny inklusjonsvurdering, slik at vurderingstemaet blir innskrenket om det på vedtakstidspunktet foreligger velgrunnet frykt for forfølgelse etter artikkel 1 A (2), jf nærmere om dette nedenfor (del V, 3).

Fremstillingen i det følgende er begrenset til enkelte utvalgte spørsmål som det er funnet grunn til å peke på.²⁵⁴ Først behandles opphør på grunn av flyktningens frivillige handlinger (del V, 2), med vekt på anvendelsen av artikkel 1 C (1) og (4), dernest opphør på grunn av endrede forhold i hjemlandet (del V, 3). Til slutt er det sagt litt om forholdet mellom opphør av flyktningestatus og et eventuelt fortsatt behov for internasjonal beskyttelse (del V, 4). I del VI følger noen bemerkninger om prosessuelle spørsmål i forbindelse med opphør.

2 Opphør på grunn av flyktningens frivillige handlinger

2.1 Felleskriterier for opphør etter artikkel 1 C (1) – (4)

Opphør på grunn av flyktningens egne handlinger etter 1951-konvensjonen er uttømmende begrenset til fire typetilfeller: (1) frivillig gjenvinning av hjemstatens beskyttelse; (2) frivillig gjenervervelse av tidligere statsborgerskap; (3) ervervelse av nytt statsborgerskap og beskyttelse i sitt nye land; (4) frivillig gjenetablering i hjemlandet eller i det land som vedkommende tidligere bodde i.

Etter ordlyden i artikkel 1 C (3) er det ikke uttrykkelig stilt krav om at ervervelse av nytt statsborgerskap i tilfluktsstaten eller et tredje land må være et resultat av en frivillig handling fra flyktningens side. En nærmere undersøkelse av rettskildene viser imidlertid at frivillighet – i hvert fall som den store hovedregel – også er et krav etter denne bestemmelsen.²⁵⁵ Opphør på grunnlag av en flyktningens egne handlinger forutsetter derfor generelt at gjenvinning av beskyttelse, gjenervervelse av statsborgerskap, ervervelse av nytt statsborgerskap eller gjenetablering i hjemlandet er et resultat av *frivillighet* og ønskede handlinger fra flyktningens side. Et annet generelt fellestrekk ved artikkel 1 C (1) – (4) er *beskyttelseshensikt* fra søkerens side, og oppnåelse av *effektiv beskyttelse*. De fire nevnte typetilfeller bør ved anvendelse i konkrete saker tolkes mot denne bakgrunn.²⁵⁶

²⁵⁴ For mer utførlige drøftelser vises det blant annet til *Einarsen 2000*, s. 501-538, og til Joan Fitzpatrick and Rafael Bonoan, i: *Refugee Protection in International Law*, UNCHR 2003 (heretter *Fitzpatrick & Bonoan 2003*), s. 491-544. En nyttig oversikt er inntatt i NOU 2004, *Ny Utlendingslov*, s. 138-142.

²⁵⁵ Se *Einarsen 2000*, s. 513-518.

²⁵⁶ Jf *Fitzpatrick & Bonoan 2003*, s. 523: "With respect to Article 1C(1)-(4) of the 1951 Convention (...), the elements of voluntariness, intent, and effective protection are crucial, and require careful analysis of the individual's motivations and assessment of the bona fides and capacities of States authorities."

2.2 Nærmere om artikkel 1 C (1) og 1 C (4)

Artikkel 1 C (1) fastslår at utlendingens flyktningestatus opphører når vedkommende frivillig har gjenvunnet hjemstatens beskyttelse. Det er særlig bruken av begrepet beskyttelse (“protection”) i denne forbindelse som har bydd på uklarhet. Forarbeidene til bestemmelsen indikerer at de situasjoner man hadde for øye var knyttet til flyktnings utnyttelse av visse formelle statsfunksjoner i hjemstaten, typisk at vedkommende benytter seg av en eller flere tjenester fra sin hjemstat som blir ytet ved hjelp av statens utenriksstasjoner. Det kan for eksempel dreie seg om registrering, godkjenning eller utstedelse av dokumenter gjennom hjemstatens ambassade, typisk en søknad fra flyktingen om innreisetilatelse eller et nytt pass. I det siste tilfellet dreier det seg om et dokument som fungerer som et legitimasjonspapir på rettslig tilknytning mellom en person og en bestemt nasjonalstat. Da foreligger det i utgangspunktet en presumpsjon for at vedkommende både har ønsket å gjenvinne beskyttelse fra hjemstaten og at slik beskyttelse er oppnådd.

Men også i slike tilfeller må det vurderes nærmere om kriteriene for opphør er innfridd, særlig om flyktingens utnyttelse av juridisk eller praktisk bistand fra hjemstaten under eksiloppholdet betyr at han eller hun har oppnådd effektiv beskyttelse mot forfølgelse i hjemlandet ved retur. I denne vurderingen kan det være viktig hvem som har bevisbyrden for at flyktingen ikke lenger har et beskyttelsesbehov. I norsk forvaltningspraksis synes vurderingene særlig å være rettet mot om søkeren kan anses for å ha tilkjennegitt at han ikke lenger har behov for beskyttelse. Det blir foretatt en konkret vurdering av hvilke omstendigheter som ligger til grunn for at søkeren for eksempel har søkt om hjemlandets reisedokumenter.²⁵⁷ Det tas imidlertid utgangspunkt i at denne type handlinger eller initiativ fra utlendingen gir en presumpsjon for at vedkommende ikke lenger har et beskyttelsesbehov etter 1951-konvensjonen. For å unngå tilbakekall av flyktningestatus må derfor utlendingen selv sannsynliggjøre at vedkommende opptreden ikke er uforenlig med et fortsatt beskyttelsesbehov.²⁵⁸

Å legge bevisbyrden på flyktingen som nevnt foran, kan hevdes å være i samsvar med uttalelser i UNHCRs håndbok om at opphør da vil inntreffe “in the absence of proof to the contrary”.²⁵⁹ Disse uttalelsene i håndboken har vært kritisert i faglitteraturen som uklare, og for å være i dårlig samsvar med så vel beskyttelsesbegrepet i 1951-konvensjonen som med andre uttalelser i håndboken.²⁶⁰ Etter vår oppfatning bør det ikke være opp til flyktingen å måtte bevise at beskyttelsen i hjemlandet ikke er gjenvunnet som følge av den aktuelle handlingen. Istedenfor bør forvaltningen under hensyntaken til flyktingens eventuelle synspunkter og bevisførsel anses for å ha et selvstendig ansvar for sakens opplysning på dette punkt. Den presumpsjon for opphør som en søknad om nytt pass fra hjemstaten gir, bør forvaltningen selv kunne tilbakevise gjennom sin utredning av opphørssaken. Det kan for eksempel vise seg at flyktingens hensikt er å kunne foreta en legal innreise til hjemlandet der frykten for forfølgelse er knyttet til ikke-statlige grupper som staten ikke er i stand til å beskytte flyktingen mot. Det er dessuten god grunn for at flyktingen innrømmes fordelene av eventuell tvil om hvorvidt beskyttelsesbehovet fortsatt er til stede, jf prinsippet “benefit of doubt” og opphørssystemets underforståtte forutsetning om at ervervet flyktningestatus skal ha en stabil karakter inntil det er klart at beskyttelsesbehovet ikke lenger er til stede.²⁶¹

²⁵⁷ Jf beskrivelsen i NOU 2004: 20, *NyUtlendingslov*, s. 139.

²⁵⁸ *Ibid.*, s. 140.

²⁵⁹ Jf UNHCR, *Handbook*, par. 121 og par. 122.

²⁶⁰ Se *Einarsen 2000*, s. 511; *Fitzpatrick & Bonoan 2003*, s. 524-525 (525): “It should be clarified that, while the refugee may reasonably be expected to explain his conduct, States initiating cessation procedures against recognized Convention refugees should bear the burden of proving re-availment.”

²⁶¹ Jf *Fitzpatrick & Bonoan 2003*, s. 525: “The benefit of the doubt must be given to the refugee, as is consistent with the restrictive interpretation appropriate to the cessation clauses. The refugee’s voluntary acts, intent, and attitudes must be considered, but they cannot predominate over political reality. The cessation clauses should not be transformed into a trap for the unwary or a penalty for risky or naive conduct.”

Artikkel 1 C (4) fastslår at flyktningestatus opphører når en flyktning frivillig har gjenetablert seg i hjemlandet, det vil si at vedkommende velger å flytte tilbake dit. Begrepet gjenetablert ("re-established") indikerer ny, varig bosetting. Vedkommendes bosettingshensikt og faktisk botid etter tilbakereisen blir her sentrale faktorer i den helhetlige, skjønnsmessige vurdering som bestemmelsen legger opp til. Utgangspunktet er imidlertid at en person som returnerer til sitt gamle hjemland kun for et midlertidig opphold, og deretter reiser tilbake til tilfluktsstaten, rammes ikke av artikkel 1 C, i hvert fall så lenge vedkommende reiser med et reisedokument utstedt av tilfluktsstaten og altså ikke reiser med sitt nasjonale pass.²⁶² Avgrensningen mot midlertidige opphold uten bosettingshensikt følger av ordlyden i artikkel 1 C (4). Hvis det hadde vært meningen å ramme kortvarige hjemreiser eller ethvert besøk i hjemlandet, hadde det vært naturlig å bruke ord som "visit" eller liknende. Det finnes i tillegg gode reelle grunner for at flyktninger bør ha anledning til å reise tilbake til hjemlandet i en del tilfeller uten å måtte risikere å tape sin flyktningestatus, for eksempel under forberedelser til frivillig repatriering.²⁶³

Hvis vedkommende benytter seg av sitt nasjonale pass for innreise til hjemlandet, vil forholdet kunne rammes av artikkel 1 C (1) som et tilfelle av gjenvinning av hjemstatens beskyttelse. Som nevnt foran, må det også i disse tilfellene undersøkes nærmere om det forelå beskyttelseshensikt og oppnåelse av effektiv beskyttelse.

I og med at et besøk i hjemlandet i seg selv ikke skal rammes av artikkel 1 C (4), følger det av sammenhengen mellom artikkel 1 C (4) og artikkel 1 C (1) at besøk i hjemlandet uten bruk av nasjonalt pass som utgangspunkt og hovedregel ikke kan omfattes av anvendelsesområdet for artikkel 1 C (1). Sistnevnte gjelder som nevnt primært gjenvinning av hjemstatens beskyttelse gjennom utnyttelse av visse formelle statsfunksjoner i hjemstaten (diplomatsk beskyttelse), mens førstnevnte nettopp gjelder tilbakevending til hjemstaten og derfor må være den bestemmelse som oppstiller det relevante vurderingstema. Annerledes kan det være hvis flyktningen uttrykkelig søker om innreisetillatelse (visum) til hjemstaten, for eksempel ved å henvende seg til ambassaden i tilfluktsstaten og eventuelt bruker sitt reisebevis for flyktninger i denne forbindelse til å dokumentere sin identitet og få innstempelt visum. Da synes forholdet å måtte likestilles med at flyktningen søker om nasjonalt pass for tilsvarende formål, jf artikkel 1 C (1).

Det er imidlertid grunn til å understreke at Norge er ett av de – formentlig relativt få – landene som vurderer enhver hjemreise til flyktningens hjemland som en mulig opphørsgrunn under artikkel 1 C (1).²⁶⁴ Flyktninger får til og med innreiseforbud til hjemlandet innstempelt i det utstedte reisebeviset for flyktninger. Hjemreiser fra Norge vil normalt lede til opphør dersom ikke flyktningen kan gi en meget god begrunnelse for at reisen ikke er uforenlig med et fortsatt beskyttelsesbehov.²⁶⁵ Denne praksisen er etter vårt skjønn vanskelig å forene med 1951-konvensjonens system og prinsipper.²⁶⁶ Norske myndigheter oppfatter det videre normalt som "en klar indikasjon for at vedkommende har gjenervervet hjemlandets reisedokument (...) [d]ersom det blir klarlagt at en flyktning har vært tilbake til hjemlandet".²⁶⁷ Å legge det til grunn som en helt generell presumsjon, som det eventuelt blir opp til flyktningen å motbevise, er etter vår oppfatning i strid med så vel flyktningerettens bevisbyrdereglene som den alminnelige erfaring at flyktninger i mange tilfeller velger å krysse grensen til hjemlandet illegalt når de er på besøk i hjemlandet.

²⁶² Jf UNHCR, *Handbook*, par. 134: "A temporary visit by a refugee to his former home country, not with a national passport but, for example, with a travel document issued by his country of residence, does not constitute "re-establishment" and will not involve loss of refugee status under the present statute."

²⁶³ Jf *Einarsen 2000*, s. 521.

²⁶⁴ Jf NOU 2004:20, *Ny Utlendingslov*, s. 140.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ Jf *Einarsen 2000*, s. 521.

²⁶⁷ NOU 2004:20, *Ny Utlendingslov*, s. 140.

Korte, men gjentatte hjemreiser faller i en gråsone for området av artikkel 1 C (4).²⁶⁸ Det kan her dreie seg om besøk motivert av familiære, politiske eller økonomiske grunner, eller en kombinasjon av slike grunner. Utgangspunktet må fortsatt være at artikkel 1 C (4) ikke får anvendelse så lenge flyktningen ikke har til hensikt å bosette seg hjemstaten.²⁶⁹ Det vil i mange tilfeller være vanskelig for myndighetene i tilfluktsstaten å vite hva hensikten med hjemreisen har vært. Spørsmålet er om myndighetene da kan presumere etableringshensikt. Etter vårt syn er det nødvendig å foreta en konkret bevisvurdering, hvor begge alternativer i utgangspunktet holdes åpent. Det vil imidlertid gå en grense for hvor ofte slike hjemreiser kan finne sted, uten at det på et visst tidspunkt blir en presumpsjon for at vedkommende i realiteten har gjenetablert seg i hjemlandet. Etter vår oppfatning er det også en viktig nyanse at begrepet *gjenetablert* ("re-established") i artikkel 1 C (4) er videre enn et begrep som gjenbosatt, i den forstand at gjenetablering kan omfatte virksomhet i hjemlandet som ikke innebærer at vedkommende har skiftet bopel fra tilfluktsstaten til hjemlandet. Det er imidlertid nødvendig å fastholde at en enkelt hjemreise ikke i seg selv er gjenetablering i konvensjonens forstand. I stedet for å tolke 1951-konvensjonen i disfavør av flyktninger, kunne norske myndigheter imøtekommet ønsket om å forhindre at flyktningestatus blir misbrukt på en annen måte. En kunne for eksempel ha innført en ordning med meldeplikt og registrering av flyktningens hjemreiser, herunder reisens angitte formål.

Krekar-saken illustrerer problemstillingen, selv om saksforholdet er noe spesielt. Her hadde vedkommende over ca 10 år vært tilbake i Irak i fem perioder etter at han ble innvilget asyl i Norge, hver av flere måneders varighet.²⁷⁰ Samtidig synes det ikke som at *Krekar* ønsket å skifte fast bopel fra Norge til Irak. Etter vår oppfatning fører omfanget av hjemreisene samlet sett, og særlig med henblikk på hva de gjaldt, nemlig organisering av væpnet aktivitet, til at hjemreisene i dette tilfellet nokså klart konstituerte en relevant "gjenetablering" innenfor rammen av 1951-konvensjonen artikkel 1 C (4). Derimot var det i et tilfelle som dette neppe riktig å vurdere forholdet etter artikkel 1 C (1) slik UDI og UNE har gjort (på instruks fra kommunalministeren), selv om det trolig ikke hadde noen betydning for resultatet. Et mer åpent spørsmål i relasjon til artikkel 1 C (4), er om det forelå beskyttelseshensikt og oppnåelse av effektiv beskyttelse i *Krekar*-saken, de innenrikspolitiske forhold i Irak tatt i betraktning. Oslo tingrett fant at utvisningsvedtaket var gyldig på grunnlag av at utvisning er nødvendig av hensyn til rikets sikkerhet. Tingretten fant det derfor ikke nødvendig å ta standpunkt til om det også var grunnlag for å utvise *Krekar* på grunn av overtredelse av utlendingsloven.²⁷¹

3 Opphør på grunn av endrede forhold i hjemlandet

3.1 Utgangspunkt og unntaket for tvingende grunner

Artikkel 1 C (5) fastsetter at flyktningestatus opphører dersom flyktningen ikke lenger kan nekte å gjøre bruk av hjemstatens beskyttelse fordi de forholdene som førte til anerkjennelsen som flyktning har opphørt å eksistere. For at dette skal være tilfelle, er utgangspunktet at forholdene i hjemlandet må ha endret seg på en vesentlig og varig måte. Hva som nærmere ligger i dette, må avgjøres på bakgrunn av de relevante folkerettslige rettskilder, herunder konvensjonens tekst, formål og forarbeider, statspraksis og retningsgivende uttalelser fra internasjonale organisasjoner, i første rekke UNHCR og Eksekutivkomiteen til denne. Sistnevnte har blant annet utarbeidet oppdaterte retningslinjer for bestemmelsen i et dokument fra 2003, som er ment å reflektere gjeldende folkerett, og som det er særlig grunn

²⁶⁸ Slik også *Fitzpatrick & Bonoan* 2003, s. 529.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *Krekar*-saken, vedtak av UNE av 12.5.2005, s. 30.

²⁷¹ *Krekar*-saken, Oslo tingrett, dom av 27.9.2005.

til å ta til etterretning når det gjelder forståelsen av kriteriene for opphør.²⁷² I de tilfeller hvor UNHCR selv har erklært opphør av flyktningestatus for bestemte grupper av flyktninger, har som regel de vesentlige endringene bestått i enten at en krig eller borgerkrig er blitt brakt til opphør på en oversiktlig og stabil måte, at et land har oppnådd uavhengighet fra okkupasjon, eller at det har skjedd et tydelig regimeskifte og demokratisering.²⁷³

Før vi går nærmere inn på hovedkriteriene, nevnes at det gjelder unntak fra opphør for flyktninger som kan påberope seg tvingende grunner ("compelling reasons"), som springer ut av tidligere forfølgelse. Det siktes her til flyktninger som har erfart grov eller massiv forfølgelse på nært hold i sitt hjemland. Unntaket er ment å omfatte saker hvor flyktninger, eller deres familiemedlemmer, har vært offer for ekstreme overgrep og derfor ikke kan forventes å vende tilbake til det landet hvor overgrepene fant sted. Kategorien omfatter generelt ofre for folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og alvorlige krigsforbrytelser, men også ofre for grusomme forbrytelser i mindre målestokk. En kan se det slik at frykten for forfølgelse eller minnene om denne typisk vil være så dypt integrert i personligheten hos sterkt traumatiserte personer at den aldri vil opphøre å eksistere.²⁷⁴

3.2 Nærmere om opphørsvurderingen

Som fremholdt av UNHCR, må det som hovedregel dreie seg om *grunnleggende forandringer i hjemlandet*, som har en *stabil* og *varig* karakter.²⁷⁵ Det betyr ikke nødvendigvis at slike strukturelle endringer alltid trenger å ta lang tid.

I en del tilfeller vil det være slik at en både må se hen til generelle forhold og individuelle forhold i en helhetlig vurdering av om situasjonen er vesentlig endret med henblikk på bestemte flyktninger. En sentral problemstilling ved tolkningen av artikkel 1 C (5) er da om bortfall av spesifikt individuelle omstendigheter i seg selv kan medføre opphør av flyktningestatus, eller om det samtidig må kreves en vesentlig endring av den generelle situasjonen i hjemlandet. Dette spørsmålet er viktig blant annet i norsk praksis, fordi det er sjelden at personer blir anerkjent som flyktninger av norske myndigheter utelukkende eller hovedsakelig på grunn av den generelle situasjonen i asylsøkernes hjemland. Det kan vises til tilbakeholdenheten med å akseptere asylsøkere fra det tidligere Jugoslavia som flyktninger etter 1951-konvensjonen, selv når den generelle situasjonen for mange fra Bosnia og Kosovo var som verst. Anerkjennelse som flyktning har i perioder av norsk praksis nærmest utelukkende hatt fokus på risikofaktorer som er spesifikke for den enkelte søker.²⁷⁶ Det betyr at det lett vil fremstå som logisk at også opphørsspørsmålet vurderes innenfor det samme

²⁷² UNHCR, *Guidelines on International Protection: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/03/03, 10 February 2003 (heretter UNHCR, *Guidelines Cessation 2003*).

²⁷³ Fitzpatrick & Bonoan 2003, s. 499-512.

²⁷⁴ Om det nevnte unntaket kun var ment å ha anvendelse i forhold til flyktninger som tidligere var blitt anerkjent under andre internasjonale instrumenter i medhold av artikkel 1 A (1), slik ordlyden tilsynelatende indikerer, har vært gjenstand for diskusjon og uenighet i flyktningerettslig teori og praksis. Se nærmere Einarsen 2000, s. 533-538. Etter vårt syn er den historisk og rettslig korrekte forståelsen av konvensjonen at henvisningen til artikkel 1 A (1) var ment å sikre at *også* de som hadde vært utsatt for grove overgrep før, under eller like etter annen verdenskrig skulle kunne nekte å gjøre seg nytte av hjemstatens beskyttelse, altså selv om de ikke ble omfattet av den nye flyktningedefinisjonen artikkel 1 A (2). Annet ledd i artikkel 1 C (5) skal med andre ord ikke tolkes antitetisk. UNHCR legger også til grunn at det nevnte unntaket rekker lenger enn ordlyden isolert sett tilsier, og at regelen i annet ledd reflekterer et generelt humanitært prinsipp som nå også er vel forankret i statspraksis, jf UNHCR, *Guidelines Cessation 2003*, par. 21. Også i NOU 2004:20, *Ny Utlendingslov*, s. 140-141, synes det å være lagt til grunn at unntaket er gjeldende rett for nåtidige flyktninger.

²⁷⁵ Jf UNHCR, *Guidelines Cessation 2003*, par. 8-13.

²⁷⁶ Se beskrivelsen av hvorledes spesifikke og generelle risikofaktorer har vært håndtert i norsk praksis og kritikken mot denne i Einarsen 2000, s. 407-408.

perspektiv. Opphørvurderingen vil da lett kunne anta karakter av en ny, kanskje snever anlagt inklusjonsvurdering etter artikkel 1 A (2). Denne måte å vurdere opphørsspørsmålet på er imidlertid neppe i samsvar med 1951-konvensjonens rettskildebilde, slik også UNHCR og Eksekutivkomitéen ved flere anledninger har gitt uttrykk for. Gjeldende folkerett må stadig antas å være at en stat alltid må vurdere om det er skjedd grunnleggende og stabile endringer i hjemlandet av militær, politisk, demokratisk og rettsstatlig karakter, herunder i menneskerettssituasjonen, og i tillegg om det er skjedd vesentlige endringer i eventuelle spesifikke risikofaktorer for den enkelte flyktning.²⁷⁷

Det synes riktignok rett, slik utlendingslovutvalget har bemerket, at det i EUs statusdirektiv artikkel 11 punkt 2 opereres med noe løsere kriterier, og at disse *kan* tolkes slik at de retter oppmerksomheten mot om det foreligger fortsatt oppfyllelse av kriteriene i den generelle definisjonen i artikkel 1 A (2).²⁷⁸ Det er videre riktig at 1951-konvensjonen ikke er til hinder for individuelle tilfeller av opphør etter artikkel 1 C (5). Slike vurderinger må kunne foretas med henblikk på tilbakekall av flyktningestatus, som i norsk praksis hvor det er aktuelt å utvise vedkommende på grunn av straffbare handlinger. Derimot kan vi ikke være enig med utlendingslovutvalget i at UNHCRs nye retningslinjer fra 2003 kan tas til inntekt for at en i slike tilfeller kan operere ut fra en forutsetning om at ikke-oppfyllelse av inklusjonskriteriene i artikkel 1 A (2) er tilstrekkelig for opphør, uten at den generelle situasjonen i hjemlandet er endret. Lovutvalgets standpunkt her kan ikke være i samsvar med at UNHCR samme sted fastholder de foran nevnte kriterier om en vesentlig endret strukturell situasjon i hjemlandet. I den grad EUs statusdirektiv avviker fra 1951-konvensjonen på dette punkt, er det i første rekke et problem for stater som anvender minimumsreglene i direktivet i strid med konvensjonen, og for flyktninger som omfattes av en slik praksis. Etter vår oppfatning bør en i fremtidig norsk praksis utvise tilbakeholdenhet i opphørssaker etter artikkel 1 C (5) hvor ikke også den generelle situasjonen i hjemlandet er grunnleggende endret.²⁷⁹

4 Forholdet mellom opphør og fortsatt behov for beskyttelse

4.1 Fortsatt grunnlag for flyktningestatus

Det er etter vårt syn grunn til å forstå opphørssystemet i 1951-konvensjonen slik at aktuell, velgrunnet frykt for forfølgelse i flyktningedefinisjonens forstand stenger for opphør av flyktningestatus. Omvendt er det som nevnt foran ikke i seg selv tilstrekkelig til å konstatere opphør at en person med tidligere ervervet flyktningestatus ikke lenger oppfyller (alle) kriteriene etter artikkel 1 A (2). Dette prinsippet har blitt betegnet som “dobbelgarantien mot for tidlig opphør”.²⁸⁰ Det har særlig praktisk betydning i forhold til opphør begrunnet i en generelt forbedret situasjon i hjemlandet, jf artikkel 1 C (5).

Når det gjelder den førstnevnte situasjonen, er poenget at det vil kunne foreligge spesifikt individuelle omstendigheter som tilsier at risikoen for forfølgelse av en bestemt

²⁷⁷ Jf UNHCR, *Guidelines Cessation* 1993, par. 8, med henvisning til og gjengivelse av de sentrale deler av *Executive Committee Conclusion No. 69 (XLIII)*, 1992.

²⁷⁸ *Council Directive 2004/83/EC* of 29 April 2004.

²⁷⁹ En annen sak er at utvisning av en flyktning ikke alltid krever tilbakefall av flyktningestatus, jf 1951-konvensjonen artikkel 32 og artikkel 33 punkt 2. Det er således ikke nødvendig å tilbakekalle flyktningestatus for å kunne utvise dersom vedkommende representerer en reell sikkerhetstrussel, eller hvis vedkommende har fått en rettskraftig dom for en særlig alvorlig forbrytelse og utgjør en fare for samfunnet (typisk tilfeller hvor det i dag reageres med forvaring i norsk rett).

²⁸⁰ Jf *Einarsen 2000*, s. 505-506 og s. 533; NOU 2004:20, *Ny Utlendingslov*, s. 139 og s. 141.

person fortsatt er til stede, selv om situasjonen i hjemlandet typisk er vesentlig endret.²⁸¹ Et fortsatt behov for vern som flyktning må derfor kunne påberopes av utlendingen i forbindelse med opphørssaken.²⁸² Det er grunn til å understreke at selv om det opprinnelige asylgrunnlaget er falt bort, kan det i mellomtiden ha oppstått et nytt behov for beskyttelse, for eksempel ved at frykten for forfølgelse fra et avsatt regime er blitt erstattet av velgrunnet frykt for forfølgelse fra det nye regimet eller fra ikke-statlige grupperinger som det nye regimet ikke vil eller makter å kontrollere.²⁸³

4.2 Rett til internasjonal beskyttelse utenfor 1951-konvensjonen

Selv om vilkårene for opphør av flyktningestatus er oppfylt etter 1951-konvensjonen, kan vedkommende fortsatt ha rett til beskyttelse i kraft av andre internasjonale regler. Det vises her til fremstillingen av disse regler foran i del IV, 8, som også har relevans for opphørssaker.

I forhold til en utlending som tidligere kun har fått beskyttelse under slike subsidiære beskyttelsesinstrumenter, gjelder normalt ingen særskilt regulering av opphørsspørsmålet i folkeretten. Utgangspunktet vil da være at retten til beskyttelse opphører når vilkårene for slik beskyttelse ikke lenger foreligger.²⁸⁴ I EUs statusdirektiv er det i artikkel 16 inntatt en regel om bortfall av subsidiær beskyttelse knyttet til fravær eller vesentlig endring av det opprinnelige beskyttelsesbehovet.²⁸⁵ Bestemmelsen minner om 1951-konvensjonen artikkel 1 C (5). Om det med artikkel 16 er ment å signalisere at det skal noe mer til enn ikke-oppfyllelse av kriteriene for eksempel etter EMK artikkel 3 for at subsidiær beskyttelsesstatus skal opphøre, vil antakelig først bli klarlagt gjennom fremtidig stats- og rettspraksis.

Det som etter vår oppfatning uansett er et poeng, er at det ikke bør anlegges et helt kortsiktig tidsperspektiv i vurderingen av om det fortsatt foreligger risiko for alvorlige krenkelser når en person tidligere kun har fått subsidiær beskyttelse. Selv om risikoen på et bestemt tidspunkt senere faller under terskelen for subsidiær beskyttelse, bør ikke det lede til opphør hvis det samtidig er høyst usikkert om den noe forbedrede situasjonen vil vedvare. I så måte kan det hevdes at nevnte artikkel 16 har et potensial til å kunne bli tolket slik at det må kreves at den forbedrede situasjonen har en viss stabilitet og varighet for at den subsidiære beskyttelsen skal kunne anses som bortfalt.

²⁸¹ Jf *Fitzpatrick & Bonoan 2003*, s. 517: "Cessation thus should not be viewed as a device to trigger automatic return. (...) First, there are individuals whose personal risk of persecution has not ceased, despite general changes in the State of origin. These persons remain refugees (...)."

²⁸² Jf UNHCR, *Guidelines Cessation 2003*, par. 19, hvor det er uttalt følgende: "[T]here may always be the specific circumstances of individual cases that may warrant continued international protection. It has therefore been a general principle that all refugees affected by general cessation must have the possibility, upon request, to have such application in their cases reconsidered on international protection grounds relevant to their individual case." Selv om uttalelsen er avgitt i relasjon til artikkel 1 C (5), som var det aktuelle tema for retningslinjene, er det ikke grunn til å tro at UNHCR mener noe annet i relasjon til opphør etter artikkel 1 C (1) – (4).

²⁸³ Jf UNHCR, *Guidelines Cessation 2003*, par. 25 (ix).

²⁸⁴ Slik også NOU 2004:20, *Ny Utlendingslov*, s. 141.

²⁸⁵ Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004.

VI Prosessuelle og institusjonelle spørsmål

1 Rettferdige opphørs- og eksklusjonsprosedyrer

Prosedyrespørsmål er ikke nærmere regulert i 1951-konvensjonen, men konvensjonen bygger på en forutsetning om rettferdige asylprosedyrer når en stat ikke uten videre vil akseptere at en utlending eller eventuelt en gruppe utlendinger er flyktninger. En stat kan derfor ikke oppfylle traktatrettens krav om lojal etterlevelse av folkerettslige avtaler hvis asylprosedyrene er klart mangelfulle eller vilkårlige.

Minimumskrav til en alminnelig rettferdig asylprosedyre har vært et diskusjonstema internasjonalt i forskjellige fora. Uten at det er grunn til å gå nærmere inn på dette tema her, nevnes kort at det er bred enighet om at de absolutte minimumskravene omfatter krav om tolk og faglig bistand til asylsøkeren, slik at grunnlaget for asylsøknaden kan bli presentert slik søkeren ønsker. Videre må det stilles krav til forvaltningsmyndighetenes fagkunnskaper og medansvar for å opplyse saken på forsvarlig vis før avgjørelse treffes. Søkeren bør gis mulighet til å imøtegå eller inngi bemerkninger til opplysninger som forvaltningen innhenter på egenhånd og som kan avsvkke asylgrunnlaget (kontradiksjon). Beslutningstakerens oppgave i den enkelte sak må være å treffe faglig riktige avgjørelser, og han eller hun må derfor handle kompetent og uavhengig av utenforliggende føringer av personlig, politisk eller økonomisk art. Søkeren må normalt også ha tilgang til et effektivt rettsmiddel mot et negativt vedtak, før det effektueres. Avhengig av forhold knyttet til søkerens person eller sakens egenart, kan minimumskravene for eksempel i relasjon til forsvarlig opplysning av saken variere eller måtte presiseres nærmere. Hvis søkeren er mindreårig, analfabet eller mentalt svekket, må det således stille større krav til forvaltningens medansvar for å få opplyst grunnlaget for at søkeren muligens er flyktning.

Når det oppstår spørsmål om opphør eller eksklusjon under ordinær saksbehandling av en asylsøknad, vil utgangspunktet naturlig være at spørsmålet blir behandlet etter de samme rettferdige prosedyrer som ellers gjelder for asylsaksbehandlingen. I praksis vil riktignok de fleste tilfeller av opphørsproblematikk i norsk rett oppstå i ettertid, typisk i forbindelse med at det er aktuelt å utvise vedkommende på grunnlag av straffbare handlinger begått i Norge. Uansett på hvilket tidspunkt et opphørs- eller eksklusjonsspørsmål måtte oppstå, er problemstillingen om det da gjør seg gjeldende særlige hensyn i saksbehandlingen.

Det følger av det som allerede er fremstilt foran om opphør begrunnet i endringer i flyktningens hjemland, at tilflyktsstaten må ha et særlig ansvar for å opplyse om saksgrunnlaget i slike tilfeller. Det er spesielt viktig når en stat erklærer generelt opphør av flyktningestatus for en bestemt gruppe personer, eventuelt at det blir aktuelt å avslutte en nasjonal ordning for såkalt midlertidig beskyttelse ("temporary protection").²⁸⁶ UNHCR har gitt retningslinjer om prosedyrer og rettssikkerhetskrav i slike tilfeller.²⁸⁷ For øvrig skal det her bare minnes om at det i alle tilfeller av etterfølgende opphør bør gis anledning for flyktningen til muntlige innvendinger og eventuell påberopelse av et fortsatt beskyttelsesbehov.²⁸⁸ I neste avsnitt (del VI, 2) vil prosessuelle og institusjonelle spørsmål i relasjon til eksklusjon bli drøftet nærmere.

²⁸⁶ Se også nedenfor, del VI, 2.4.

²⁸⁷ Jf UNHCR, *Guidelines Cessation* 2003, par. 24-25.

²⁸⁸ Dette poenget er fremhevet også i *Fitspatrick & Bonoan* 2003, s. 514-515.

2 Nærmere om eksklusjonsprosessen

2.1 Eksklusjon før inklusjon?

Når en person søker om asyl er det naturlig at vedkommende ønsker å fokusere på sitt eget behov for beskyttelse. I noen tilfeller vil det imidlertid i forbindelse med asylavhøret fremkomme opplysninger som vekker mistanke om at søkeren har begått alvorlig straffbare handlinger. Andre ganger kan opplysninger om det samme tilflytte beslutningstakerne i asylsaken fra politiet, eventuelt via internasjonalt politi- eller rettssamarbeid, fra anonyme tips eller fra andre eksterne kilder. I andre tilfeller igjen vil denne type opplysninger om asylsøkeren først komme frem på et senere tidspunkt, etter at asylsøknaden eventuelt er blitt innvilget.

De spørsmål som reises i det følgende, har først og fremst relevans for tilfeller hvor mistanke om alvorlig straffbare handlinger fra søkerens side oppstår parallelt med behandlingen av den opprinnelige asylsøknaden: Kan en medlemsstat til 1951-konvensjonen fritt bestemme rekkefølgen av inklusjons- og eksklusjonsspørsmålet? Mer presist: Kan staten generelt bestemme at forvaltningen alltid først skal undersøke om det er grunnlag for eksklusjon, før andre deler av asylsøknaden tas i betraktning? Kan staten eventuelt i konkrete tilfeller velge å isolere eksklusjonsspørsmålet for separat behandling, eller er det et underforstått krav etter konvensjonen at de to nevnte hovedspørsmål skal bedømmes under ett? Under forutsetning av at staten står folkerettslig fritt, hvilken fremgangsmåte kan anbefales som ledd i en rettferdig saksbehandling?

Det følger ingen bestemt løsning på de nevnte spørsmål av 1951-konvensjonens tekst eller forarbeider. I praksis er spørsmålene blitt løst på forskjellig måte, til dels også slik at praksis har variert over tid innenfor samme land. I Canada og Storbritannia har for eksempel mistanke om visse straffbare handlinger blitt ansett som del av særskilte prosedyrer for åpenbart grunnløse asylsøknader, mens en i Nederland over en periode har sett det slik at eksklusjonsspørsmålet rutinemessig skal undersøkes og behandles av forvaltningen før inklusjonsspørsmålet. Danmark og Norge har derimot behandlet eksklusjonsspørsmålet i sammenheng med asylsaken for øvrig.²⁸⁹

En muligens korrekt konvensjonsrettslig tilnærming er å vektlegge formålsbetraktninger ved løsningen, særlig at 1951-konvensjonens siktemål er å beskytte personer mot forfølgelse, samt den indre sammenheng i flyktningebegrepet. Et reelt hensyn som gjør seg gjeldende, er at en samlet behandling av begge spørsmål som regel vil opplyse hele saken best. Det vil særlig være rettssikkerhetsmessig fordelaktig når det er tvil om eksklusjonsgrunnlaget. Et annet forhold som bør hensyntas er at mistanke om grove internasjonale forbrytelser innenfor området av artikkel 1 F (a) og (c), herunder alvorlige terrorhandlinger og medvirkning til slike, typisk står i en annen stilling enn kriminalitet som kun omfattes av artikkel 1 F (b). Poenget er at det i forhold til mistanke om mer ordinær kriminalitet er større rom for å ta hensyn til alvorlighetsgraden av de krenkelser som risikeres når det skal avgjøres om mistanken skal lede til eksklusjon.²⁹⁰ Artikkel 1 F (b) hviler heller ikke på de samme moralske overveielser som eksklusjonsplikten etter artikkel 1 F (a).

Samlet sett er det etter vårt skjønn vanskelig å konkludere bastant med at en stat som utgangspunkt er folkerettslig forhindret fra å velge en bestemt rekkefølge mellom inklusjon og eksklusjon, eller at den er forhindret fra å skille ut eksklusjonsspørsmålet til separat behandling underveis i asylsaken. De foran nevnte reelle hensyn peker likevel ut noen retningslinjer for en presumptivt rettferdig asylprosedyre, etter vårt skjønn langt på vei slik UNHCR har lagt opp til i en rettledning fra 2003:

²⁸⁹ Se fremstillingen foran i del III, 3.1.

²⁹⁰ Jf foran del IV, 3.8 og 5.2.

1. Inklusjonsspørsmålet bør generelt bedømmes før eksklusjonsspørsmålet.
2. Separat behandling av eksklusjonsspørsmålet bør forbeholdes visse særlige tilfeller:
 - når det foreligger siktelse eller tiltale fra en internasjonal straffedomstol;
 - når det foreligger klare bevis for at vedkommende har deltatt i spesielt alvorlig internasjonal kriminalitet, jf artikkel 1 F (a) og (c);
 - i klagesaker hvor eksklusjonsspørsmålet står i fokus.²⁹¹

Det er grunn til å understreke at vi med separat behandling av eksklusjonsspørsmålet ikke sikter til undersøkelser for å klarlegge mulig eksklusjonsbetingende forhold. Det vi som hovedregel ikke kan anbefale, er en endelig avgjørelse av asylsaken utelukkende på grunnlag av det som måtte være fremkommet av mistanke om straffbare forhold. Etter vårt syn bør det samme prinsippet gjelde når en person kan ha behov for beskyttelse uten å oppfylle vilkårene som “flyktning” etter 1951-konvensjonen.

2.2 Rettsvirkningen av eksklusjon for den ekskluderte

Når en person med rette blir utelukket fra flyktningestatus med hjemmel i 1951-konvensjonen artikkel 1 F, er den folkerettslige virkningen at vedkommende ikke har noen rettigheter etter konvensjonen. I utgangspunktet vil en slik person ikke ha krav på asyl og kunne returneres til hjemlandet. Han eller hun har likevel sine alminnelige menneskerettigheter i behold, så langt de kan gjøres gjeldende for en person som antas å ha begått alvorlig straffbare handlinger.²⁹² Ellers vil de konkrete virkninger av eksklusjon etter artikkel 1 F bero på nasjonal rett. Det kan for eksempel være aktuelt å vurdere oppholdstillatelse på annet (humanitært) grunnlag, eller å gi vedkommende en særskilt status i nasjonal rett som viser at han er under mistanke for alvorlige forbrytelser. Ved eksklusjon aktualiseres også forholdet til utvisning, utlevering eller straffeforfølgning i tilfluktsstaten, jf nærmere nedenfor i del VI, 2.5.

2.3 Rettsvirkningen av eksklusjon for familien

At en person blir ekskludert fra flyktningestatus, kan få rettslige konsekvenser for familien. Hvis familien ikke har selvstendig rett til opphold utover adgang til familieinnvandring begrunnet i tilknytningen til den nå ekskluderte personen, vil konsekvensen av eksklusjon kunne bli at rettsgrunnlaget for familiemedlemmenes oppholdstillatelse bortfaller. Vurderingen i slike tilfeller vil imidlertid kunne bli sammensatt, hvor både forholdet til alternative beskyttelsesregler for den ekskluderte, retten til respekt for familielivet etter EMK artikkel 8 og nasjonale særregler om familieinnvandring kan få betydning.

I andre tilfeller vil forfølgelsesfaren også gjelde for familien til den som har vært det primære målet for forfølgelse i hjemlandet. Det kan for eksempel tenkes at familiens overhode har vært i direkte opposisjon til makthaverne i hjemlandet eller tilhører en elite som makthaverne vil til livs, og at en for å oppnå dette bevisst også forsøker å ramme de aktuelle personers familie. Et annet scenario er at makthaverne regner med at også andre i familien til den forfulgte deler hans politiske oppfatninger. I begge tilfeller vil samtlige familiemedlemmer i utgangspunktet ha selvstendig rett til vern som flyktning etter 1951-konvensjonen, jf kategoriene “medlemskap i en bestemt sosial gruppe” og (tillagt) “politisk oppfatning” i artikkel 1 A (2). Den omstendighet at ett medlem av familien har vært involvert i alvorlig straffbare handlinger som tilsier eksklusjon etter artikkel 1 F, innebærer ikke at

²⁹¹ Se UNHCR, *Guidelines Exclusion* 2003, par. 31.

²⁹² Jf foran del IV, 8, blant annet om vernet mot tortur og umenneskelig behandling.

andre familiemedlemmer skal bli ekskludert fra vern som flyktning. Hvorvidt noen skal ekskluderes, må med andre ord avgjøres på basis av individuell saksbehandling.²⁹³

2.4 Eksklusjonsspørsmålet ved kollektiv beskyttelse etter masseflukt

1951-konvensjonen er prinsipielt sett anvendelig også i massefluktsituasjoner, både flyktningedefinisjonen i artikkel 1 A (2) og eksklusjonsbestemmelsene.²⁹⁴ I slike tilfeller kan det i nasjonal rett være aktuelt med kollektive beskyttelsesordninger for personer fra det aktuelle området. Det innebærer at asylprosedyrene kan forenkles, slik at det sentrale spørsmål blir om en bestemt person tilhører den krets av personer som generelt er antatt å ha behov for beskyttelse.

I norsk rett er det i utlendingsloven § 8a gitt en særskilt bestemmelse om at regjeringen kan beslutte å gi beskyttelse på grunnlag av en gruppevurdering, såkalt kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon. Ordningen forutsetter at det i så fall ikke skal tas stilling til om personene i den aktuelle gruppen er flyktninger etter 1951-konvensjonen.²⁹⁵ Det siste kan hevdes å være en svakhet ved ordningen, blant annet fordi det da heller ikke er krav om anvendelse av eksklusjonsbestemmelsene i artikkel 1 F. Dermed vil utlendingsmyndighetene ikke ha noen klar oppfordring til å undersøke om det blant disse asylsøkerne befinner seg personer som er delaktig i folkemord, forbrytelser mot menneskeheten, krigsforbrytelser, terrorhandlinger eller andre alvorlige forbrytelser.²⁹⁶

Etter vår oppfatning er det uansett viktig at myndighetene også ved kollektiv beskyttelse fanger opp berettiget mistanke om internasjonalt straffbare forhold. Hvis slik mistanke oppstår i forhold til enkeltpersoner, bør det etter vårt skjønn foretas en ordinær individuell vurdering av saken etter bestemmelsene i 1951-konvensjonen artikkel 1, både inklusjonsspørsmålet og eksklusjonsspørsmålet. Mistanke om internasjonalt straffbare forhold bør med andre ord få den prosessuelle konsekvens at alle aspekter ved asylsaken til den aktuelle personen underkastes nærmere behandling i forvaltningen. Da vil også forholdet til eventuell straffeforfølgning i Norge eller utlevering til en internasjonal domstol måtte vurderes. At vedkommende nyter beskyttelse under en kollektiv ordning, bør i så måte ikke ha noe å si.

2.5 Forholdet til utvisning, straff og utlevering

Eksklusjonsspørsmålet – eller eksklusjonsprosedyren – hører etter vårt syn hjemme i asylprosessen. Eksklusjon angår således primært spørsmålet om en person skal anerkjennes som flyktning. I de neste avsnitt skal vi se nærmere på selve eksklusjonsprosedyren. Her skal det først knyttes bemerkninger til et annet aspekt, nemlig det forhold at de underliggende strafferettslige spørsmål i eksklusjonsvurderingen har flere mulige utløp, som utvisning, straffeforfølgning eller utlevering.

Det følger av det hevdvunne prinsippet *aut dedere aut judicare* at en stats myndigheter ved begrunnet mistanke om at person har begått svært alvorlige forbrytelser i et annet land enten skal utlevere vedkommende eller selv iverksette straffeforfølgning. Denne læren må i dag regnes som bindende folkerett, selv om den naturligvis må kvalifiseres nærmere. Kjernen i prinsippet refererer seg til handlinger som er kriminalisert i internasjonal strafferett. Spørsmålet er hvilke praktiske følger dette bør få i nasjonal rett i dag.

²⁹³ Jf *Gilbert 2003*, s. 474. Se tilsvarende Council of Europe, Committee of Ministers, Rec(2005)6, 23 March 2005, punkt 3 (a).

²⁹⁴ Jf UNHCR, *Guidelines Exclusion 2003*, par. 30. Se nærmere *Einarsen 2000*, s. 318-326.

²⁹⁵ Jf § 8a fjerde ledd: "Søknad om asyl (...) kan stilles i bero i inntil tre år".

²⁹⁶ Jf *Einarsen 1997*, s. 129-130, med henvisning til at det i forhold til bosnierne som fikk kollektiv beskyttelse i Norge antakelig var blitt gjort for lite for å avdekke om det i gruppen fantes personer som var skyldig i krigsforbrytelser med videre. Det kan ikke utelukkes at bemerkningen fortsatt har gyldighet.

Etter vårt syn bør utlendinger i Norge som i fremtiden blir alvorlig mistenkt for å ha medvirket til internasjonalt straffbare handlinger (herunder terrorhandling), primært utleveres til en internasjonal straffedomstol hvis det er mulig, sekundært tiltales for en norsk domstol eller på forsvarlig vis utleveres til en annen stat, og bare mer sjelden utvises til hjemlandet eller et annet land uten forutgående straffesak i Norge eller formell utleveringsbegjæring. Hvis en annen stat er nærmere til å foreta en forsvarlig straffeforfølgning, vil det tale for å ta en utleveringsbegjæring til følge fremfor å gjennomføre straffesak i Norge. Dette kan vi kalle “rekkefølgeprinsippet”, som dermed utlegges slik:

- A Utlevering til en internasjonal straffedomstol.
- B Forsvarlig utlevering til straffeforfølgning i en annen stat.
- C Straffeforfølgning i Norge.
- D Utvisning uten straffeforfølgning.

Denne prioriteringen synes å være i samsvar med forarbeidene til bestemmelsene om utvisning som er vedtatt som ledd i oppfølgingen av Sikkerhetsrådets resolusjon 1373.²⁹⁷ Utenriksdepartementet minnet her om at “i forhold til FNs konvensjoner mot terrorisme og andre internasjonale forpliktelser er Norge forpliktet til å straffedømme eller eventuelt utlevere til annen stat for pådømmelse (av) personer som er under etterforskning for deltakelse i terrorhandling”.²⁹⁸ Justisdepartementet var enig i denne vurderingen av forholdet mellom straffeforfølgning og utlevering, og uttalte videre at de nye utvisningsbestemmelsene “må anses som en sikkerhetsventil som det bare i sjeldne tilfeller vil bli aktuelt å anvende, for eksempel når en utlending ikke er begjært utlevert, og det av bestemte årsaker ikke er ønskelig å straffeforfølge vedkommende i Norge”.²⁹⁹

Etter vår mening er det i lovgivningen generelt grunn til å følge opp det som det her er gitt uttrykk for. Det kan også være grunn til å overveie om ikke det omtalte rekkefølgeprinsippet burde fremgå av lovgivningen, blant annet av utlendingsloven. Selv om parallelle prosesser kan være nødvendig, er det etter vår oppfatning viktig at alle norske myndigheter – politi (Kripos), påtalemyndighet, utlendingsforvaltning, departement og domstoler – arbeider ut fra en felles systemforståelse.

2.6 Saksutredning og organisering av eksklusjonsarbeidet

2.6.1 Informasjonsflyt, kontradiksjon og rapporteringsplikt

Enten eksklusjonsspørsmålet i nasjonal rett er utskilt til separat behandling eller inngår som en del av en helhetlig behandling av asylsaken, melder det seg spørsmål om informasjonsflyt og eventuell rapporteringsplikt i forholdet mellom forskjellige organer og saksbehandlere som får med saken å gjøre. Som redegjort for i del III, 2.4, synes de øvrige land som er omfattet av vår undersøkelse å ha kommet lengre enn Norge når det gjelder lovregulering og formalisering av informasjonsflyt og rapporteringsplikt. Særlig Canada synes å ha etablert et velfungerende system, som blant annet omfatter et særskilt interdepartementalt koordineringsorgan (Interdepartemental Operations Group) for politikkutvikling, koordinering av samarbeid i enkeltsaker mellom forskjellige instanser og kontroll av at Canada totalt sett følger opp mistanker om internasjonal kriminalitet gjennom undersøkelser og etterforskning, straffeforfølgning og eventuelt utlevering av lovbrøyttere, særlig til

²⁹⁷ Se om denne blant annet foran i del IV, 4.2.2.

²⁹⁸ Ot.prp. nr. 61 (2001-2002), *Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv (lovtiltak mot terrorisme – gjennomføring av FN-konvensjonen 9. desember 1999 om bekjempelse av finansiering av terrorisme og FNs sikkerhetsråds resolusjon 1373 28. september 2001)*, s. 77.

²⁹⁹ *Ibid.*

internasjonale straffedomstoler. I Danmark er det etablert et særlig samarbeidsforum i krysningsfeltet mellom utlendingssaker og straffeforfølgelse.

I Norge er det blant annet gitt interne retningslinjer innad i UDI om rapportering av opplysninger om kriminelle asylsøkere.³⁰⁰ Her fremgår det at ansatte i asylavdelingen, herunder saksbehandlere som foretar intervju eller fatter vedtak i asylsaker, har plikt til å rapportere om forhold knyttet til søkeren som kan være en trussel mot liv eller sikkerhet. Søkere som blir ekskludert fra asylstatus i henhold til 1951-konvensjonen artikkel 1 F skal alltid rapporteres til politiet med oppfordring om å igangsette etterforskning for å avdekke eventuelle straffbare forhold. Opplysningene vil som hovedregel være undergitt taushetsplikt. Forhold som kan oppfattes som en trussel mot liv eller sikkerhet omfatter blant annet kriminelle handlinger begått utenfor riket. Fremgangsmåten ved rapportering i saker som omfatter kriminelle forhold er at UDI skal sende brev til den enhet hos politiet som til en hver tid tar seg av asylsaker. I dag gjelder det formentlig både Politiets utlendingsenhet og Kripos.

Det kan imidlertid også være behov for at informasjonsflyten går den andre veien, fra politiets sikkerhetstjeneste (PST), Politiets utlendingsenhet, Kripos eller annet ordinært politi, og til utlendingsmyndighetene.

Ut fra den informasjon forskergruppen har, synes det å være et behov for en gjennomgang av forskjellige aspekter ved informasjonsflyt og rapportering mellom forskjellige organer på dette området, eventuelt ved et særskilt regjeringsoppnevnt utvalg. Vi ser ikke bort fra at det her er påkrevd og hensiktsmessig – både ut fra effektivitets- og rettssikkerhetsmessige hensyn – med et større innslag av formaliserte regler om informasjonsutvekslingen mellom de berørte deler av forvaltningen. I så fall burde det også ses nærmere på spørsmålet om i hvilken grad oppfatninger om taushetsplikt og selvinkriminering faktisk kan stenge for velbegrunnet informasjonsutveksling. Det siste er et viktig punkt når det gjelder mulighetene for å videreføre opplysninger fra asylintervjuet til etterforskende myndigheter, jf foran i del IV, 3.9. Som det fremgår der, er det vårt rettslige syn at alle opplysninger som asylsøkeren gir i et asylintervju antakelig kan brukes i en senere straffesak, og derfor også må kunne kommuniseres videre til politiet før asylsaken er avgjort.

Et annet viktig spørsmål i denne forbindelse, gjelder forholdet til kontradiksjonsprinsippet. Når og i tilfelle i hvilken utstrekning bør asylsøkeren gjøres kjent med de opplysninger om straffbare forhold som foreligger, slik at han eventuelt gis mulighet til å imøtegå dem?³⁰¹ Hvis opplysningene berører forholdet til rikets sikkerhet, eller hvis det er nødvendig for å ivareta utenrikspolitiske hensyn, har departementet (statsråden) instruksjonsmyndighet etter utlendingsloven § 38 tredje ledd. Det er imidlertid ikke noe hinder for at dette viktige spørsmålet for øvrig burde bli gjort til gjenstand for regulering i lov eller forskrift.

I mangel av gode retningslinjer kan det tenkes at politiet i visse tilfeller kanskje er for forsiktige med å videreføre opplysninger om asylsøkere, før en mistanke er nærmere utredet eller etterforsket av politiet. Dette kanskje fordi en er redd for at utlendingsmyndighetene vil legge for stor vekt på opplysninger som politiet opplever som utilfredsstillende kvalitetssikret, og at det i neste omgang kan få alvorlige rettsvirkninger for individet på et for tynt grunnlag.

Etter vårt syn er det mange forhold som kan forhindre en best mulig håndtering av opplysninger som indikerer mistanke om internasjonalt straffbare forhold. Formaliserte og gjennomtenkte retningslinjer for informasjonsutveksling kan imidlertid være ett viktig moment til en fremtidsrettet saksbehandling.

³⁰⁰ UDI, Asylavdelingen, *Rapportering av opplysninger om kriminelle asylsøkere m.v. til politiet og integreringsavdelingen m.v.*, Intern melding 03/7649, 23.6.2003 – endret 30.12.2004.

³⁰¹ Se også del VI, 2.7.

2.6.2 Er det behov for spesialisert etterforskningskompetanse i eksklusjonssaker?

Etter vårt syn vil det i mange saker være et reelt behov for spesialisert kompetanse i eksklusjonssaker. De underliggende strafferettslige spørsmål vil for det første kunne kreve politimessig etterforskning. Selv om utlendingsforvaltningen er vant til å håndtere en rekke forskjellige typer spørsmål og opplysninger, blant annet gjennom verifiseringsarbeid i asylsaker, er det noe annet å avdekke konkrete, straffbare handlinger som er begått i et annet land.

Av fremstillingen foran, jf særlig del IV, fremgår det også hvor komplekse de rettslige vilkårene for straffeskyld er når det dreier seg om internasjonalt straffbare handlinger.

Etterforskningskompetansen må derfor også være spesialisert, i den forstand at etterforskerne må være fortrolig med de aktuelle folkerettslige straffenormer. Dette krever juridisk ekspertise i ledelsen av etterforskningen, av personer som er vant til å ha ansvar for kompleks politimessig etterforskning. Det er derfor et viktig fremskritt i norsk rett når man nå har opprettet Kripos med ansvar for blant annet bekjempelse av internasjonale forbrytelser og Det særskilte nasjonale statsadvokatembetet for bekjempelse av organisert og annen alvorlig kriminalitet, per i dag med en førstestatsadvokat og to statsadvokater.

Spørsmålet er hvorledes denne spesialiserte etterforskningskompetansen kan og bør utnyttes i eksklusjonssaker innenfor asylforvaltningen. Det er ikke minst viktig at mistanke mot asylsøkere blir forsvarlig utredet også av hensyn til søkerne selv.

Etter vår oppfatning innebærer ikke disse tanker at eksklusjonsspørsmålet i asylsaken skal avgjøres av andre instanser enn UDI og UNE, bare at utlendingsforvaltningen bør kunne benytte seg av spesialisert etterforskningskompetanse i arbeidet med å utrede en konkret mistanke.

Det er også mulig at det bør vurderes opprettet et særskilt samarbeidsforum eller et koordineringsorgan med representanter fra berørte forvaltningsorganer for å koordinere og evaluere arbeid med eksklusjonssaker, og andre saker som impliserer internasjonale forbrytelser, enten reaksjonsformen er eksklusjon fra flyktningsstatus, utvisning, utlevering eller straffeforfølgning i Norge.

2.6.3 Bør det opprettes særskilte eksklusjonsenheter i asylforvaltningen?

Bør det også opprettes særskilte eksklusjonsenheter i norsk asylforvaltning, slik UNHCR på generelt grunnlag har anbefalt? I prinsippet er vi enig i at det vil være fordelaktig med en slik faglig spesialisering som det vil innebære, nettopp fordi den underliggende strafferettslige problematikken er så kompleks og fordi seriøs avdekking av mistanke ofte vil kreve utstrakt samarbeid mellom forskjellige instanser på en rettsikkerhetsmessig forsvarlig måte.

På denne bakgrunn foreslår vi at det innenfor UDI blir vurdert opprettet en egen underavdeling for eksklusjonssaker, eventuelt at utvalgte saksbehandlere blir satt til å håndtere alle eksklusjonssaker. Det kan synes naturlig at den samme avdelingen også behandler saker hvor en utlending kan representere en sikkerhetstrussel eller muligens er involvert i internasjonal terrorisme.

2.7 Bør reell mistanke formaliseres i et "mistankedokument"?

Som vi har sett foran i del III, 2.6, er det i Storbritannia iverksatt en særlig prosedyre – "certification" – i forhold til personer som det er grunn til å tro er involvert i internasjonal terrorisme eller som representerer en fare for nasjonal sikkerhet. Hvis reell mistanke finnes å foreligge, blir det utstedt et formelt dokument i form av et "mistankesertifikat" ("certificate"). Dette medfører forskjellige rettsvirkninger, blant annet utvidet adgang til varetektsfengsling og særskilte rettsmidler for utlendingen, samt bestemte prosedyrer for eventuelt tilbakekall av mistankesertifikatet.

Vi foreslår ikke noen identisk ordning for norsk retts vedkommende. Tanken om utstedelse av et formelt dokument når det er etablert reell mistanke om internasjonalt straffbare forhold, fare for rikets sikkerhet eller at vedkommende har tilknytning til internasjonal terrorisme, kan imidlertid ha noe for seg, slik vi ser det. I norsk straffeprosess er det, i likhet med rettsstillingen i mange andre land, slik at en person som det er skjellig grunn til å mistenke for straffbare forhold på et visst tidspunkt formelt må siktes for det aktuelle straffbare forhold. Da får vedkommende også visse utvidete rettigheter i straffeprosessen, blant annet adgang til å få vite hva han konkret er siktet for. Et slikt formelt skjæringspunkt i eksklusjonsprosessen ville på noen punkter gi ryddigere forhold, blant annet når det gjelder forholdet til kontradiksjonsprinsippet. Det ville også medføre plikt til konkretisering av de straffbare forhold som er underliggende i eksklusjonsvurderingen.

Et mistankedokument ville i prinsippet kunne bli utferdiget på et hvilket som helst tidspunkt, både før asylsaken er ferdigbehandlet og i ettertid. Et annet spørsmål er hvilket organ som skulle ha kompetanse og eventuelt plikt til å utstede et slikt dokument når reell mistanke er etablert. Etter vårt skjønn kunne man her tenke seg flere muligheter. En mulighet kunne være at kun UDI kan utstede et slikt dokument. En annen mulighet kunne være at både PST (i relasjon til trusler mot rikets sikkerhet og tilknytning til internasjonal terrorisme) og Det nasjonale statsadvokatembetet for bekjempelse av organisert og annen alvorlig kriminalitet i samarbeid med Kripos (i relasjon til internasjonalt straffbare handlinger og tilknytning til internasjonal terrorisme) kan utstede slike dokumenter, med kopi til UDI og eventuelt UNE hvis det gjelder en klagesak.

Mistankedokumentet ville da fungere omtrent som en siktelse i straffeprosessen, men slik vi tenker oss det, kunne beviskravet på dette stadium være lavere enn skjellig grunn til mistanke, jf at vi har brukt ordene "reell mistanke". Det at reell mistanke er etablert og formalisert med underretning til utlendingen, vil naturligvis kunne føre til at vedkommende ønsker å forlate Norge. I alvorlige tilfeller aktualiseres derfor også spørsmål om behov for varetektfengsling mens mistanken er til ytterligere utredning, et spørsmål vi ikke går nærmere inn på her.

Selv om vi tenker oss at det er utstedt et mistankedokument i forhold til en asylsøker, eller en person som tidligere er anerkjent som flyktning, betyr ikke det at avgjørelsen vil gå ut på eksklusjon etter 1951-konvensjonen artikkel 1 F. For det første kan jo være at vedkommende asylsøker under ingen omstendighet oppfyller kriteriene for å være flyktning etter 1951-konvensjonen artikkel 1 A (2), og da bør ikke konklusjonen i vedtaket være eksklusjon. For det andre er det ikke sikkert at UDI eller UNE finner at det antatt strengere beviskravet etter artikkel 1 F er oppfylt ut fra alle opplysninger i saken når vedtak skal fattes i asylsaken. Den omstendighet at det er utstedt – eller eventuelt ikke utstedt – et mistankedokument fra PST eller Det nasjonale statsadvokatembetet, bør imidlertid kunne bidra til forsvarlig behandling av asylsaken.

2.8 Særskilt status for mistenkelige personer som ikke kan returneres?

Utlendingslovutvalget har foreslått at personer som ikke fyller vilkårene for asyl eller oppholdstillatelse på annet ordinært grunnlag, men som for tiden ikke kan sendes ut av landet på grunn vernet mot tortur og umenneskelig behandling, skal gis en midlertidig oppholdstillatelse inntil hinderet bortfaller.³⁰² Bestemmelsen vil for eksempel gjelde personer som blir ekskludert fra flyktningestatus etter 1951-konvensjonen artikkel 1 F eller personer som antas å utgjøre en trussel og personer som ellers ville ha blitt utvist på grunn av straffbare handlinger i Norge. Det fremgår av den foreslåtte bestemmelse (§ 85) at det i oppholdstillatelsen kan gis pålegg om at utlendingen i disse tilfeller skal oppholde seg på et bestemt sted.

Selv om en slik særstatus vil innebære en form for stigmatisering av den enkelte person, mener vi at denne ulempen kan forsvares ut fra de fordeler som følger av politimessig

³⁰² NOU 2004:20, *Ny Utlendingslov* (lovutkastet § 85), s. 421.

art når det er tale om kriminelle personer og personer som er under alvorlig mistanke for internasjonalt straffbare handlinger eller som eventuelt utgjør en sikkerhetsrisiko.

Etter vår oppfatning er det grunn til å følge opp dette forslaget i den nye utlendingsloven, med den presisering at slik særlig oppholdsstatus også bør kunne gis til personer som er under etterforskning for internasjonalt straffbare handlinger selv om ikke asylsaken er avgjort. Det kan være praktisk når etterforskningen tar tid, slik at også den endelige avgjørelsen av asylsaken trekker ut.

VII Konklusjoner og anbefalinger

1 Systematisk og prinsipiell tilnærming til eksklusjon

Det er i denne studien foretatt en gjennomgang av de sentrale folkerettslige reglene om eksklusjon og opphør. Vi har særlig fokusert på de materielle og prosessuelle rettsspørsmål som gjerne oppstår når en stat aktivt ønsker å utelukke mulige flyktninger fra beskyttelse på grunn av mistanke om at de har begått alvorlige forbrytelser eller har tilknytning til internasjonal terrorisme. Selv om mange av problemstillingene har ligget der lenge, har flere stater – deriblant Norge – nå fått sterkere engasjement i eksklusjonstematikken. Dette er trolig et resultat av flere samvirkende faktorer, hvor internasjonale terroraksjoner og økt interesse for rettsoppgjør etter grove brudd på menneskerettighetene utgjør en viktig del av bakteppet.

Etter vårt syn viser både den komparative undersøkelsen av praksis i utvalgte land og trekk ved den internasjonale rettsutvikling som er påpekt forskjellig steder i fremstillingen ellers, at rapporten gir grunnlag for følgende hovedkonklusjon: *Det er i norsk rett et velbegrunnet behov for en mer systematisk og prinsipiell tilnærming til eksklusjonssaker.*

I denne konklusjonen ligger det også en tilslutning til at eksklusjonsreglene bør vurderes brukt oftere i Norge, det vil si at flere saker bør utredes med en slik mulighet for øye. Det kan samtidig avstedkomme straffeforfølgning eller spørsmål om utlevering. Dette gjør det påkrevd å få avklart en del prinsipielle rettsspørsmål i eksklusjonssaker. Vi tenker her blant annet på beviskravet ved eksklusjon, i hvilken grad prinsippet om selvinkriminering kan stenge for innhenting og bruk av opplysninger i asylintervjuet (jf del IV, 3.9), og om eksklusjon forutsetter at det først er tatt stilling til beskyttelsesbehovet (jf del VI, 2.1).

Ressursene til forvaltningens arbeid med eksklusjonssaker og tilgrensende spørsmål må dessuten økes vesentlig hvis det ønskes systematisk fokus på asylsøkere som kan ha begått alvorlig straffbare handlinger eller som er involverte i internasjonale terrornettverk. Ressursene bør blant annet brukes til å etablere bedre samarbeidsrutiner mellom involverte forvaltningsorganer (jf del VI, 2.6).

2 Norge bør arbeide for en internasjonal flyktningsdomstol

Behovet for et sterkere fokus på eksklusjonsspørsmål synes nå å være uttrykt generelt både på nasjonalt og internasjonalt plan. I denne forbindelse kan det være grunn til å understreke at eksklusjonsreglenes folkerettslige plattform lider av en svakhet, ved at FN så langt ikke har etablert noen internasjonal flyktningsdomstol som mer effektivt vil kunne samordne fortolkningspraksis i medlemsstatene.

Etter vårt syn ville en slik internasjonal domstol i prinsippet kunne bidra på en vesentlig måte til fortolkningen av felles internasjonale regler på området, med det rom for dynamikk og skrittvis tilpasning til skiftende forhold i samfunnet som en fornuftig rettsutvikling er avhengig av, og som velfungerende domstoler normalt vil ivareta. Det er i seg selv uheldig at forskjellige land og internasjonale organer legger forskjellig innhold i sentrale eksklusjonskriterier samtidig som eksklusjon er i ferd med å bli et stadig viktigere felt innenfor asylretten i mange land. I tillegg bidrar rettsusikkerhet til å vanskeliggjøre en effektiv, systematisk og forsvarlig behandling av enkeltsaker. Generelt anbefaler vi å følge UNHCRs veiledning om fortolkning av internasjonale konvensjoner og betryggende prosedyrer i asylsaker, for på den måten å redusere intern uenighet i nasjonal rett og fremme felles forståelse av flyktingeretten. Etter vår oppfatning er tiden også inne for at Norge aktivt bør arbeide for opprettelse av en internasjonal flyktningsdomstol.

3 Refleksjoner på bakgrunn av den komparative undersøkelsen

Ut fra formålet med denne studien, skal vi nedenfor løfte frem noen andre forslag av antatt viktighet i et norsk perspektiv. Oppmerksomheten dreier da mot den norske forvaltningen av asylsaker, i første linje representert ved UDI. Spørsmålet er imidlertid også hva Norge kan lære av andre land på dette området.

Siden Norge er kommet relativt kort i å utvikle nasjonale retningslinjer for eksklusjon av personer som mistenkes for å ha begått internasjonale forbrytelser eller for deltakelse i internasjonal terrorisme, er det rimelig å interessere seg for rettsutviklingen i andre vestlige land. Den komparative undersøkelsen i del III viser blant annet at Canada, Danmark og Nederland har kommet relativt langt i å iverksette systematiske tiltak for å identifisere mulige krigsforbrytere blant asylsøkere og flyktninger. Storbritannia er kanskje det landet – ved siden av USA – som har fokusert skarpest på utvikling av anti-terrorlovgivning. Mye av den nye lovgivningen om eksklusjon i asylsaker og tiltak mot internasjonal terrorisme i Canada, Danmark og Storbritannia har kommet i kjølvannet av 9/11 og resolusjoner fra FNs sikkerhetsråd.

Samtidig er det viktig at nasjonal lovgivning på dette feltet tar rettssikkerhetsmessige hensyn, og respekterer menneskerettighetene og folkerettens vern om flyktninger. Den komparative undersøkelsen gir flere eksempler på at det kan være vanskelig å finne den rette balansen her når rettssystemet kommer under press. Da kan krav om raske og pragmatisk motiverte lovendringer fort føre til innhogg i asylsøkernes rettssikkerhet, som muligens er utilsiktet eller lite gjennomtenkt.

Det vi vil frem til, er at lovgiver og forvaltning må være seg bevisst sitt folkerettslige ansvar som statsmakter, noe som vil kunne innebære at man undertiden må vike tilbake for å ta i bruk virkemidler som ellers kunne være ønskelige. Som regel betyr det ikke annet i praksis enn at myndighetene må anstrenge seg mer for å finne gode alternative løsninger, som kanskje viser seg å kunne ivareta statens interesser enda bedre både utad og internt. Når det gjelder de utenrikspolitiske interesser, er det grunn til å peke på at det er vanskelig å overvurdere den langsiktige verdien av at internasjonale forpliktelser overholdes. Vi nevner som eksempel det som foran i rapporten er anført om fare for nasjonal sikkerhet som mulig eksklusjonsgrunn og det lovgivningsmessige dilemma som der er skissert (del IV, 5).

Et annet generelt poeng gjelder nasjonale domstolars rolle på dette området. Også i så måte har landstudien gitt grunn til ettertanke. Det er etter vårt syn ingen tvil om at domstolene kan bidra på en positiv måte til praksisdannelsen her. Foran i rapporten (del IV, 4.5) har vi blant annet fremholdt de retningslinjer som er blitt utviklet over lengre tid i samspillet mellom forvaltning og domstoler i Canada når det gjelder eksklusjon ved deltakelse i illegitime, væpnede organisasjoner, og særlig medvirkningsansvaret i denne forbindelse. De samme retningslinjene bør i hovedsak følges ved anvendelsen av 1951-konvensjonen artikkel 1 F også i norsk rett. Det er et savn og en mangel, slik vi ser det, at norske domstoler i så liten grad har bidratt til den norske rettsutviklingen av asylretten. Med et større sakstilfang og økt fokus på vanskelige eksklusjonsspørsmål, burde også norske domstoler kunne spille en viktig og konstruktiv rolle på dette rettsområdet.

4 Øvrige råd og anbefalinger for norsk asylforvaltning

Denne rapporten er ment som et bidrag til i første rekke forvaltningens videre arbeid med emnet, i form av lovarbeid, retningslinjer og avgjørelser i enkeltsaker. Det er også tatt opp en del spørsmål som kan være av interesse for lovgiver.

Rapporten omhandler primært folkerettslige rettsanvendelsesspørsmål knyttet til eksklusjon fra og opphør av flyktningestatus. Hva som er korrekt løsning av spørsmålene kan i en del tilfeller være omstridt eller diskutabelt. Vi har underveis i fremstillingen tatt stilling til flere slike spørsmål, enkelte ganger også i form av kritikk av en bestemt løsning som har forekommet eller som er aktuell i norsk praksis.

Når det gjelder eksklusjon med tilgrensende spørsmål, er norsk praksis på mange måter fortsatt i støpeskjeen. En del av oppdraget har derfor vært, slik vi ser det, å gi konkrete anbefalinger og begrunnede innspill om hvorledes reglene skal eller kan tolkes og bør praktiseres. Dette har vi gjort underveis i fremstillingen, primært i den folkerettslige analysen av eksklusjonsspørsmål (jf del IV og del VI).

Der er det gitt en relativt fyldig fremstilling av eksklusjon etter 1951-konvensjonen artikkel 1 F, som kan få anvendelse når asylsøkere og flyktninger blir mistenkt for å ha begått internasjonale forbrytelser, typisk i form av folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser, terrorhandlinger eller annen alvorlig kriminalitet. Det er redegjort nærmere for hjemmelskravet, og de objektive og subjektive vilkår for eksklusjon. I tillegg er det lagt vekt på bestemmelsens rekkevidde i forhold til medvirkning og forsøk, mulige straffrihetsgrunner, betydningen av formildende eller skjerpende omstendigheter og spørsmålet om hvorvidt proporsjonalitet er et vilkår for eksklusjon. Også beviskravet og forholdet til regler om selvinkriminering er drøftet. Vi gjentar i denne forbindelse at det etter vår oppfatning er grunn til å legge et forholdsvis strengt beviskrav til grunn i eksklusjonssaker, i den forstand at det i medhold av 1951-konvensjonens krav om alvorlig grunn til mistanke som hovedregel og utgangspunkt bør kreves *klar sannsynlighetsovervekt* for at søkeren har begått den handling som han mistenkes for (jf del IV, 3.9).

Videre er det foretatt en nærmere analyse av deltakelse i internasjonal terrorisme som mulig grunnlag for eksklusjon, hvor medvirkningsspørsmålet og forsøkshandlinger særlig har praktisk interesse. Det er dessuten drøftet prinsipielt om det foreligger en folkerettslig plikt til å ekskludere. Videre er det i del IV tatt opp forholdet til andre eksklusjonsliknende bestemmelser, samt forholdet til internasjonale beskyttelsesregler utenfor 1951-konvensjonen.

Prosessuelle og institusjonelle spørsmål er behandlet i del VI. Her er det fokusert på hva som vil være rettferdige opphørs- og eksklusjonsprosedyrer, med vekt på spørsmål knyttet til eksklusjon. Stikkord i denne forbindelse er rettsvirkningen av eksklusjon for den ekskluderte, rettsvirkningen av eksklusjon for familien, eksklusjon ved kollektiv beskyttelse, forholdet til straff, utvisning og utlevering samt saksutredning og praktisk organisering av eksklusjonsarbeidet. Hva gjelder sistnevnte, står informasjonsflyt, kontradiksjon og rapporteringsplikt sentralt. Utover dette er det avslutningsvis i del VI foreslått at reell mistanke bør formaliseres i et såkalt "mistankedokument". Tanken er et stykke på vei inspirert av den britiske "certification" prosedyren, uten at det dreier seg om noen blåkopi. Det er også reist spørsmål om det ved lov bør etableres en særskilt status for mistenkelige personer som ikke kan returneres. Et annet spørsmål gjelder forholdet mellom eksklusjon og vurdering av beskyttelsesbehovet. Det kan her være grunn til å nevne at vi som hovedregel ikke vil anbefale en endelig avgjørelse av asylsaken utelukkende på grunnlag av det som måtte være fremkommet av mistanke om straffbare forhold.

Vi har ellers ikke her funnet det hensiktsmessig å repetere våre standpunkter til de materielle rettsspørsmål om eksklusjon. Vi har heller ikke funnet det fornuftig å gjøre et nærmere utvalg av "høydepunkter" i så måte, fordi det lett vil kunne oppfattes slik at det bare er de utvalgte spørsmål som er av viktighet. Den juridisk interesserte leser og saksbehandler henvises derfor til de aktuelle deler av rapporten.

Det kan likevel være grunn til å nevne spesielt ett forhold, fordi det må antas å kunne ha betydning i den pågående lovforberedelsen av den nye utlendingsloven: Etter vårt skjønn er det ikke folkerettslig forsvarlig å anse "fare for nasjonal sikkerhet" som et selvstendig grunnlag for eksklusjon fra flyktningestatus, uten at de ordinære vilkår for eksklusjon er oppfylt. Det finnes imidlertid andre gode måter å behandle slike saker på (jf del IV, 5).

Når det gjelder de materielle opphørsreglene, har vi tatt opp færre spørsmål til nærmere behandling. Det kan derfor være grunn til å løfte frem at bruken av artikkel 1 C (1) og (5) i norsk rett ikke virker helt presis i forhold til gjeldende folkerett. Dette er uheldig fordi det prinsipielt sett er grunn til å bruke disse delene av folkeretten i norsk rett, kanskje oftere enn hva som har vært tilfellet hittil. Når det for eksempel gjelder flyktningers frivillige reiser til hjemlandet, har vi foreslått at istedenfor å tolke 1951-konvensjonen i disfavør av

flyktninger, bør det heller opprettes en registreringsordning med meldeplikt til norske myndigheter.

5 Ti anbefalinger av mer overordnet karakter

Avslutningsvis skal det gis noen anbefalinger av mer overordnet karakter, som vi mener er av betydning særlig sett i lys av målsettingen om systematisk og prinsipiell tilnærming til *eksklusjonsproblematikken*. Dette er forhold vi mener bør være av interesse både for politiske myndigheter og forvaltning.

(1) Eksklusjon bør som hovedregel ikke skje uten at beskyttelsesbehovet er vurdert.

Det vises her til drøftelsen foran i del VI, 2.1.

(2) Ved eksklusjon bør det normalt være klar sannsynlighetsovervekt for at søkeren har begått den handling som han mistenkes for.

Det vises her til drøftelsen foran i del IV, 3.9.

(3) Identifisering av konkret mistanke om straffbare forhold og presis hjemmelshenvisning i eksklusjonsvedtak bør innarbeides som fast forvaltningspraksis.

Etter vår mening bør det i et eksklusjonsvedtak presiseres nærmere hvilken handling eller hvilke handlinger utlendingen mistenkes for å ha begått eller medvirket til, og eventuelt hvilken sammenheng handlingen er en del av. Så langt som det er mulig bør det angis tid, sted og forøvelsesmåte i forhold til den eller de handlinger det er tale om. Etter vår mening bør det til hver handling henvises til den relevante klausul i artikkel 1 F, med en nærmere presisering av det rettslige grunnlaget for å anse handlingen for eksempel som en straffbar krigsforbrytelse etter folkeretten.

Hvis det dreier seg om et medlem eller antatt medlem av en væpnet organisasjon som har begått internasjonalt straffbare handlinger, bør det som et minimum vises til kjente eller dokumenterbare (terror)handlingene som vedkommende organisasjon står bak. Det bør også vises til den rolle i organisasjonen som vedkommende person antas å ha hatt, og eventuelt også hvilke konkrete aksjoner eller handlinger som han eller hun mistenkes for å ha deltatt i.

(4) Det bør i norsk rett overveies innført at et formelt “mistankedokument” blir utstedt underveis i eksklusjonsprosessen.

I norsk straffeprosess er det, i likhet med rettsstillingen i mange andre land, slik at en person som det er skjellig grunn til å mistenke for straffbare forhold på et visst tidspunkt formelt må siktes for det aktuelle straffbare forhold. Da får vedkommende også visse utvidete rettigheter i straffeprosessen, blant annet adgang til å få vite hva han konkret er siktet for. Et slikt formelt skjæringspunkt i eksklusjonsprosessen ville på noen punkter gi ryddigere forhold, blant annet når det gjelder forholdet til kontradiksjonsprinsippet. Det ville også medføre plikt til konkretisering av de straffbare forhold som er underliggende i eksklusjonsvurderingen.

Et mistankedokument ville i prinsippet kunne bli utferdiget på et hvilket som helst tidspunkt, både før asylsaken er ferdigbehandlet og i ettertid. Mistankedokumentet ville da fungere omtrent som en siktelse i straffeprosessen, men slik vi tenker oss det, kunne beviskravet på dette stadium være lavere enn skjellig grunn til mistanke.

- (5) *Samarbeidet mellom UDI og andre forvaltningsorganer som Kripos, PST og påtalemyndighet bør vurderes med henblikk på klargjøring av regler, retningslinjer og rutiner for institusjonell samhandling og informasjonsflyt.*

Vi viser her generelt til drøftelsen foran i del VI, 2.6.

Et spesielt poeng i denne forbindelse gjelder forholdet til asylsøkerens egne opplysninger. Asylsøkeren har plikt til å opplyse grunnlaget for asylsøknaden så langt det er rimelig og praktisk mulig å kreve gjennom sine forklaringer, primært i asylintervjuet. Dette gjelder likevel neppe fullt ut i relasjon til opplysninger om egne straffbare forhold, jf det internasjonalt anerkjente forbudet mot *selvinkriminering*, som også må antas å sette skranker for hva myndighetene i asylsaker kan kreve forklaring om (del IV, 3.9). Et spørsmål da er hvilken betydning forbudet mot selvinkriminering har i en eventuell senere straffesak hvis vedkommende blir tiltalt for internasjonalt straffbare forhold som han har forklart seg om i asylavhøret. Kan slike opplysninger brukes mot tiltalte? Er det eventuelt avgjørende om vedkommende før eller under asylavhøret var blitt gjort kjent med at opplysninger om straffbare forhold kunne bli brukt mot ham i en senere straffesak? Antakelig rekker ikke forbudet mot selvinkriminering lenger enn til at en persons vilje til å forholde seg taus om egne straffbare forhold skal bli respektert. Det betyr at alle opplysninger som gis i et asylintervju, uavhengig av hva han er blitt informert om av utlendingsmyndighetene, kan brukes som bevismateriale i en senere straffesak. Dette er et sentralt punkt når det gjelder mulighetene for et effektivt samarbeid mellom utlendingsmyndigheter og politi med tanke på irrettføring av straffbare forhold.

- (6) *Lovgiver bør klargjøre forholdet mellom eksklusjon, utvisning, straffeforfølgning og utlevering, fordi det er viktig at alle norske myndigheter arbeider ut fra en felles systemforståelse.*

Det vises til fremstillingen foran i del VI, 2.5.

Etter vårt syn bør utlendinger i Norge som i fremtiden blir alvorlig mistenkt for å ha medvirket til internasjonalt straffbare handlinger (herunder terrorhandling), primært utleveres til en internasjonal straffedomstol hvis det er mulig, sekundært tiltales for en norsk domstol eller på forsvarlig vis utleveres til en annen stat, og bare mer sjelden utvises til hjemlandet eller et annet land uten forutgående straffesak i Norge eller formell utleveringsbegjæring. Hvis en annen stat er nærmere til å foreta en forsvarlig straffeforfølgning, vil det tale for å ta en utleveringsbegjæring til følge fremfor å gjennomføre straffesak i Norge.

- (7) *Internt i UDI bør det vurderes opprettet en egen enhet som arbeider fast med eksklusjonssaker for å øke den faglige kompetansen på dette krevende saksfeltet. Det bør også vurderes hvordan UDI og UNE ved behov skal kunne benytte seg av spesialisert etterforskningskompetanse, typisk hos Kripos.*

Det vises til fremstillingen foran i del VI, 2.6.2 og 2.6.3.

- (8) *Ressursene til forvaltningens arbeid med eksklusjonssaker og tilgrensende spørsmål bør økes vesentlig.*

Denne anbefalingen er en konsekvens av rapportens hovedkonklusjon (del VII, 1) og øvrige anbefalinger.

Helt til slutt i denne rapporten tar vi med to anbefalinger med adresse til norske myndigheters arbeid på det internasjonale plan:

- (9) *Norske myndigheter bør ta initiativ internasjonalt for å harmonisere bruken av eksklusjonsbestemmelsene og øke mulighetene for at internasjonale forbrytelser blir oppklart og iretteført.*

Denne anbefalingen er i samsvar med rapportens hovedkonklusjon (del VII, 1) og er også i godt samsvar med norsk utenrikspolitikk mer generelt, herunder å bidra til konstruktivt internasjonalt samarbeid om viktige og vanskelige spørsmål. Det siste innbefatter mer formalisert samarbeid med internasjonale domstoler.

- (10) *Norske myndigheter bør arbeide aktivt for at en internasjonal flyktningsdomstol opprettes.*

Det vises til bemerkninger omkring behovet for en slik domstol i fremstillingen foran (jf del VII, 2). Forslaget har blant annet relevans for hensynet til internasjonal harmonisering av eksklusjonsspørsmål, jf anbefaling nr 9 foran, men kan også ses som en mer generell anbefaling rette mot behovet for å videreutvikle felles internasjonal rett.

Sammendrag

Studiens bakgrunn, formål og fokus. Denne rapporten er et resultat av et forskningsoppdrag utlyst av Utlendingsdirektoratet i 2004, hvor Kommunal- og regionaldepartementet senere overtok som oppdragsgiver. Oppdraget ble gitt i fellesskap til lagdommer dr juris Terje Einarsen, statsviter PhD Elin Skaar og dr juris Vigdis Vevstad. Formålet med prosjektet har vært å se nærmere på de bestemmelser i FN-konvensjonen om flyktningers rettsstilling av 1951 som gir adgang til å ekskludere eller unnta personer fra flyktningstatus (eksklusjons- og opphørsklausulene).

Oppdraget ble gitt på bakgrunn av de senere års diskusjoner om undergraving av tilliten til asylsystemet, hvor det blant annet er blitt fokusert på mulighetene for eksklusjon fra retten til vern som flyktning i medhold av 1951-konvensjonen artikkel 1 F. Den offentlige tillit avhenger blant annet av at man i asylprosessen klarer å skille ordinære flyktninger fra de som har begått krigsforbrytelser eller annen alvorlig kriminalitet. Frykt for at asylinstituttet skal bli utnyttet av potensielle terrorister er et annet element i dette bildet. Samtidig er det også viktig for tilliten til myndighetene at den enkeltes behov for beskyttelse mot forfølgelse blir respektert, jf menneskerettighetene og internasjonale avtaler. I oppdragets mandat er det derfor fremhevet at det dreier seg om et komplisert rettsfelt. Dette krever nærmere utredning om den praktiske anvendelsen av 1951-konvensjonen. Det fremgår av mandatet at utlendingsforvaltningen “ønsker at saksbehandlingen i best mulig grad ivaretar hensynet til forsvarlig juridisk vurdering av denne typen problemer i tillegg til en effektiv saksbehandling”.

På denne bakgrunn har oppdraget vært å gjennomgå flere av de sentrale elementene innen eksklusjons- og opphørsklausulene, for på den måten å kunne gi bedre oversikt over dette rettsfeltet. Det har vært en uttalt intensjon at den avsluttende rapporten skal inneholde konkrete anbefalinger til utlendingsforvaltningen, basert på en gjennomgang av de materielle rettsregler, samt praksis fra andre land.

Det har videre vært enighet mellom departementet og forskerne om å velge ut Canada, Danmark, Nederland og Storbritannia som de aktuelle land å sammenligne norsk praksis med. Dette er eksempler på land som har kommet relativt langt i sin iverksetting av systematiske tiltak for å identifisere mulige krigsforbrytere blant asylsøkere og flyktninger. Storbritannia er også tatt med fordi dette landet har hatt et skarpt fokus på utvikling av anti-terrorlovgivning. Som et ledd i dette komparative arbeidet har forskerne blant annet basert seg på “landstudier” innhentet fra kompetente personer i de fire utvalgte land.

Kjernen i prosjektet er likevel direkte knyttet til FN-konvensjonen om flyktningers rettsstilling av 1951. Oppgaven har primært vært å redegjøre for de folkerettslige regler om eksklusjon fra retten til vern som flyktning, samt for opphør av status som flyktning (jf rapportens del IV-VI), sett i lys av blant annet den komparative undersøkelsen (jf rapportens del III).

Emnet i et norsk og internasjonalt perspektiv. I Norge, for øvrig i likhet med flere andre land, har spørsmålet om å utelukke bestemte utlendinger fra retten til vern som flyktning på grunnlag av mulig involvering i straffbare handlinger utenfor Norge, ikke vært ofret systematisk oppmerksomhet fra myndighetenes side. Heller ikke spørsmål om opphør av flyktningestatus på grunn av etterfølgende handlinger eller hendelser etter at oppholdstillatelse er innvilget har vært spesielt viktige i praksis. En konsekvens av det relativt beskjedne omfanget av eksklusjonssaker er at norsk praksis ikke er fasttømmret. Verken lovgiver, departement eller domstoler har hittil i særlig grad bidratt til avklaring av prinsipielle spørsmål på området.

I de senere år, spesielt etter angrepene mot mål i USA 11. september 2001 (“9/11”), har det blitt større fokus på bekjempelse av internasjonal terrorisme. Da berøres også utlendingsretten og vernet for flyktninger, illustrert blant annet ved at FN's Høykommissær

for flyktninger (UNHCR) har tatt aktiv del i drøftelsene på forskjellige nivåer sammen med sentrale stater som er forpliktet av 1951-konvensjonen. Samtidig har fremveksten av mer demokratiske styresett i en del land og etableringen av nye internasjonale straffedomstoler ledet til sterkere krav om strafferettslig forfølgning av grove brudd på menneskerettighetene og humanitære grunnregler. I en viss forstand er det tale om en "snøballeffekt" som får virkning på asylrettens område: Når noen mottakerland øker fokuset på mulige krigsforbrytere eller terrorister blant asylsøkerne, må andre land følge etter for at ikke de aktuelle personer skal få inntrykk av at noen land er "fristeder".

Det er også mulig at det reelt sett er flere asylsøkere nå enn tidligere som har vært involvert i alvorlige, internasjonalt straffbare handlinger, selv om den prosentvise andelen dette gjelder sannsynligvis fortsatt er liten. Når det gjelder potensielle terrorister, altså personer som hittil ikke har vært direkte involvert i terrorhandling eller konkret planlegging av terror, er det enda vanskeligere å si i hvilken grad slike personer har klart å benytte seg av asylinstituttet til å få innpass for det formål å kunne bidra til terrorhandling i fremtiden. For norsk retts vedkommende kan det uansett være grunn til å se nærmere på utviklingen av lovgivning og praksis i andre vestlige land som i likhet med Norge mottar asylsøkere og har engasjert seg aktivt i kampen mot terrorisme.

Målsettingen om å bekjempe terrorisme har både en nasjonal og en internasjonal dimensjon; å forhindre fremtidige terrorhandling på eget territorium, og å bidra til å motvirke slike handlinger også andre steder i verden, blant annet gjennom innsamling og utveksling av informasjon om mistenkelige personer som måtte befinne seg i landet. Faktum er at både vern for flyktninger og terrorbekjempelse reiser spørsmål av internasjonal rettslig karakter. Dette perspektivet har vært gjennomgående for behandlingen av emnet her.

Rapportens del II. Etter rapportens innledende del er det i del II redegjort for noen folkerettslige rammer og internasjonale utviklingstrekk av betydning for emnet. Dette gjelder forholdet til menneskerettigheter, organisasjoner, straffedomstoler og samarbeid for å motvirke terrorisme og andre grovt straffbare handlinger. FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR) og Den internasjonale straffedomstolen i Haag (ICC) er to organer med høyst forskjellige formål og oppgaver, men som det fremgår av del II har de begge viktige berøringspunkter til vårt emne. Det også nevnt en del om rettsutviklingen innenfor EU når det gjelder eksklusjon, herunder EU-direktivet om flyktninger og andre som trenger internasjonal beskyttelse som går lenger i å gi rom for eksklusjon enn det 1951-konvensjonen gjør.

Rapportens del III. Den komparative fremstillingen i del III er med på å gi en oversikt over sentrale og aktuelle problemstillinger som gjelder eksklusjon og opphør av flyktningestatus. Hovedformålet er å sette norsk lov og praksis på asylfeltet inn i en bredere kontekst ved å vise interessante variasjoner i lovgivning og praksis på området, for dermed å kunne dra vekslar på erfaringer fra land som det kan være naturlig å sammenligne Norge med. Sett i et fugleperspektiv illustrerer den komparative undersøkelsen at vestlige stater som folkerettslig er bundet av mange av de samme regler, likevel har nokså ulik praksis i viktige eksklusjonsspørsmål. Også prosedyrer og institusjonelt rammeverk er forskjellig. Sett i etterkant av undersøkelsen, har forfatterne ansett den komparative undersøkelsen nyttig som ledd i arbeidet med fokuseringen av rapportens temavalg og som bakgrunn for de anbefalte løsninger.

Noe av det forfatterne har funnet grunn til å bemerke er følgende: Canada synes å ha kommet lengst i utviklingen av avanserte eksklusjonsprosedyrer, detaljert lovgivning og spesialorganer med henblikk på å kunne håndtere mistenkte krigsforbrytere. Dette landet har også opprettet tett samarbeid med internasjonale straffedomstoler. Også Danmark synes å ha kommet godt i gang med å etablere spesialorganer og interne samarbeidsrutiner mellom utlendingsforvaltning og politiet med henblikk på etterforskning av internasjonale krigsforbrytere. Særlig i Canada, til dels i Storbritannia og i mindre grad i Nederland, har nasjonale domstoler generelt bidratt til viktig rettsutvikling og rettsavklaring, herunder gjennom presiserende fortolkning av 1951-konvensjonen og andre folkerettslige regler på området. Danmark har ikke domstolskontroll av asylforvaltningen, mens domstolene i Norge i svært liten grad har bidratt til å avklare rettstilstanden på dette området. Som ledd i anti-

terrorlovgivning er det i Storbritannia etablert en særskilt prosedyre, kalt “certification”, for det tilfellet at en asylsøker blir mistenkt for medvirkning til terrorisme. I medhold av denne prosedyren kan en utlending bli klassifisert som “mistenkt internasjonal terrorist”. Når det gjelder materielle rettsregler, er det i samspillet mellom forvaltning og domstoler i Canada utviklet en interessant lære om medvirkning som grunnlag for eksklusjon, særlig med henblikk på medlemskap i organisasjoner som er involvert i internasjonale forbrytelser. Denne læren er nærmere drøftet i rapportens del IV. Et annet interessant aspekt gjelder beviskravet i eksklusjonssaker. Her synes Norge å legge til grunn det strengeste kravet av landene i undersøkelsen.

Rapportens del IV. Den folkerettslige analysen av eksklusjonsspørsmål har en sentral plass i rapporten. I del IV er eksklusjon etter 1951-konvensjonen fremstilt, med vekt på artikkel 1 F som kan få anvendelse når asylsøkere og flyktninger blir mistenkt for å ha begått internasjonale forbrytelser. Dette gjelder typisk folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser, terrorhandlinger eller annen alvorlig kriminalitet. Det er i den forbindelse redegjort nærmere for hjemmelskravet, og de objektive og subjektive vilkår for eksklusjon. I tillegg er det lagt vekt på bestemmelsens rekkevidde i forhold til medvirkning og forsøk, mulige straffrihetsgrunner, betydningen av formildende eller skjerpende omstendigheter og spørsmålet om hvorvidt proporsjonalitet er et vilkår for eksklusjon. Også beviskravet og forholdet til regler om selvinkriminering er drøftet. Det er etter vår oppfatning grunn til å legge et forholdsvis strengt beviskrav til grunn i eksklusjonssaker, i den forstand at det i medhold av 1951-konvensjonens krav om alvorlig grunn til mistanke som hovedregel og utgangspunkt bør kreves *klar sannsynlighetsovervekt* for at søkeren har begått den handling som han mistenkes for.

Det er videre foretatt en nærmere analyse av deltakelse i internasjonal terrorisme som mulig grunnlag for eksklusjon, hvor medvirkningsspørsmålet og forsøkshandlinger særlig har praktisk interesse. Det er dessuten drøftet prinsipielt om det foreligger en folkerettslig plikt til å ekskludere. Videre er det i del IV tatt opp forholdet til andre eksklusjonsliknende bestemmelser, samt forholdet til internasjonale beskyttelsesregler utenfor 1951-konvensjonen. Etter forfatterens mening er det ikke folkerettslig forsvarlig å anse fare for nasjonal sikkerhet som et selvstendig grunnlag for eksklusjon fra flyktningestatus, uten at de ordinære vilkår for eksklusjon er oppfylt.

I tilknytning til den folkerettslige analysen har forfatterne også flere andre steder underveis i fremstillingen forsøkt å gi råd og anbefalinger om hvorledes reglene bør praktiseres særlig i norsk rett.

Rapportens del V. Når det gjelder opphørsreglene, er færre spørsmål tatt opp til nærmere behandling. Det er imidlertid påpekt at bruken av artikkel 1 C (1) og (5) i norsk rett ikke virker helt presis i forhold til gjeldende folkerett. Dette forholdet fremstår som uheldig, også fordi det prinsipielt sett er grunn til å bruke disse delene av folkeretten i norsk rett, kanskje oftere enn hva som har vært tilfelle. Når det for eksempel gjelder flyktningers frivillige reiser til hjemlandet, har forfatterne foreslått at istedenfor å tolke 1951-konvensjonen i disfavør av flyktninger, kan det heller opprettes en registreringsordning med meldeplikt til norske myndigheter.

Rapportens del VI. Prosessuelle og institusjonelle spørsmål er behandlet i del VI. Her er det fokusert på hva som vil være rettferdige opphørs- og eksklusjonsprosedyrer, med vekt på spørsmål knyttet til eksklusjon. Stikkord i denne forbindelse er rettsvirkningen av eksklusjon for den ekskluderte, rettsvirkningen av eksklusjon for familien, eksklusjon ved kollektiv beskyttelse, forholdet til straff, utvisning og utlevering samt saksutredning og praktisk organisering av eksklusjonsarbeidet. Hva gjelder sistnevnte, står informasjonsflyt, kontradiksjon og rapporteringsplikt sentralt. Utover dette er det avslutningsvis i del VI foreslått at reell mistanke bør formaliseres i et såkalt “mistankedokument”. Tanken er et stykke på vei inspirert av den britiske “certification” prosedyren, uten at det dreier seg om noen blåkopi. Det er også reist spørsmål om det ved lov bør etableres en særskilt status for mistenkelige personer som ikke kan returneres. Et annet spørsmål gjelder forholdet mellom eksklusjon og vurdering av beskyttelsesbehovet. Vi vil som hovedregel ikke anbefale en

endelig avgjørelse av asylsaken utelukkende på grunnlag av det som måtte være fremkommet av mistanke om straffbare forhold (inkludasjon før ekskludasjon).

Avsluttende konklusjoner og anbefalinger. Rapportens generelle hovedkonklusjon er at det i norsk rett er et velbegrunnet behov for en mer systematisk og prinsipiell tilnærming til ekskludasjonssaker. I dette ligger det blant annet en tilslutning til at ekskludasjonsreglene bør vurderes brukt oftere, det vil si at flere saker bør utredes med en slik mulighet for øye. Det er samtidig påpekt at ekskludasjonsreglenes folkerettslige plattform lider av en svakhet, ved at det så langt ikke er etablert en internasjonal flyktningedomstol eller et tilsvarende organ.

Rapporten munner ut i en del anbefalinger av mer overordnet karakter, som antas å være av interesse både for politiske myndigheter og forvaltning. Anbefalingene gjengis her uten nærmere begrunnelse:

- (1) *Ekskludasjon bør som hovedregel ikke skje uten at beskyttelsesbehovet er vurdert.*
- (2) *Ved ekskludasjon bør det normalt være klar sannsynlighetsovervekt for at søkeren har begått den handling som han mistenkes for.*
- (3) *Identifisering av konkret mistanke om straffbare forhold og presis hjemmelshenvisning i ekskludasjonsvedtak bør innarbeides som fast forvaltningspraksis.*
- (4) *Det bør i norsk rett overveies innført at et formelt "mistankedokument" blir utstedt underveis i ekskludasjonsprosessen.*
- (5) *Samarbeidet mellom UDI og andre forvaltningsorganer som Kripos, PST og påtalemyndighet bør vurderes med henblikk på klargjøring av regler, retningslinjer og rutiner for institusjonell samhandling og informasjonsflyt.*
- (6) *Lovgiver bør klargjøre forholdet mellom ekskludasjon, utvisning, straffeforfølgning og utlevering, fordi det er viktig at alle norske myndigheter arbeider ut fra en felles systemforståelse.*
- (7) *Internt i UDI bør det vurderes opprettet en egen enhet som arbeider fast med ekskludasjonssaker for å øke den faglige kompetansen på dette krevende saksfeltet. Det bør også vurderes hvordan UDI og UNE ved behov skal kunne benytte seg av spesialisert etterforskningskompetanse, som hos Kripos.*
- (8) *Ressursene til forvaltningens arbeid med ekskludasjonssaker og tilgrensende spørsmål bør økes vesentlig.*
- (9) *Norske myndigheter bør ta initiativ internasjonalt for å harmonisere bruken av ekskludasjonsbestemmelsene og øke mulighetene for at internasjonale forbrytelser blir oppklart og iretteført.*
- (10) *Norske myndigheter bør arbeide aktivt for at en internasjonal flyktningedomstol opprettes.*

Bibliografi

Artikler, bøker og rapporter/nasjonale dokumenter

2001-2002 Annual Report of the War Crimes Program (Canada)

Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. Oslo: Tanum, Jus, 1994

Brandl, Ulrike. "Distribution of Asylum Seekers in Europe? Dublin II Regulations Determining the Responsibilities for Examining an Asylum Application", i Constanca Dias Urbano de Sousa og Philippe de Bruycker (red). *The Emergence of a European Asylum Policy*. Bruxelles: Bruylant, 2004

Busch, Tor-Aksel (Riksadvokaten). "Etterforskning og påtale av enkelte internasjonale forbrytelser", upublisert notat, 2004

Einarsen, Terje. "Bekjempelse av internasjonal terrorisme i en utlendingsrettslig sammenheng – forholdet til internasjonale menneskerettigheter og forholdet til utleveringsinstituttet", upublisert notat på oppdrag fra utlendingslovutvalget, september 2003

Einarsen, Terje. "Mass Flight: The Case for International Asylum", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 7 No. 4, Oxford University Press, 1995

Einarsen, Terje. *Flyktningers rettsstilling i Norge: Nordiske komparative studier om mottak av flyktninger*, Bergen: Fagbokforlaget, 1997

Einarsen, Terje. *Retten til vern som flyktning*, Bergen: Cicero Publisher, 2000

Feller, Erika et al (red). *UNHCR's Global Consultations on International Protection*. UNHCR: Cambridge University Press, 2003

Fitzpatrick, Joan og Rafael Bonoan. "Cessation of refugee protection", *Refugee Protection in International Law*, UNCHR, 2003

Gilbert, Geoff. "Current issues in the application of the exclusion clauses", *Refugee Protection in International Law*, UNHCR, 2003

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths Canada Ltd, 1991

Iben Jensen, Ulla. *Landstudie Danmark*, 2005

Inst. O. nr 72 (2004-2005) om ny straffelov

International Journal of Refugee Law, Volume 12, Special Supplementary Issue, Winter 2000

International Military Tribunal, Judgment of 30.9.1946. *Nürnberg-dommen*, Chr. Michelsens Institutt, Bergen 1947 (oversatt til norsk av Sund, H.).

Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo: Cappelen, 2004

Kittichaisaree, Kriangsak. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2001

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*, Oslo: Cappelen, 2002

NOU 2004: 20 *Ny Utlendingslov*

Ohtman, Mohamed. "Justice and Reconciliation", i Skaar, Gloppen og Suhrke (red). *Roads to Reconciliation*. Maryland: Lexington Books, 2005

Ot. Prp. Nr. 90 (2003-2004) om ny straffelov

Ot.prp. nr. 61 (2001-2002), Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv (lovtiltak mot terrorisme – gjennomføring av FN-konvensjonen 9. desember 1999 om bekjempelse av finansiering av terrorisme og FNs sikkerhetsråds resolusjon 1373 av 28. september 2001)

Rikhof, Joseph (og Derrick Deans). *Landstudie Canada*, 2005

Rikhof, Joseph. "Model Paragraphs for Exclusion Clause 1 F(A)", upublisert notat, 2000

Saul, Ben. "Exclusion of Suspected Terrorists from Asylum: Trends in International and European Refugee Law", Magdalen College, University of Oxford, Discussion paper, No. 26/July 2004

Shraga, Daphna. "The Second Generation UN-Based Tribunals: A Diversity of Mixed Jurisdictions", i Skaar, Gloppen og Suhrke (red). *Roads to Reconciliation*. Maryland: Lexington Books, 2005

Spijkerboer, Thomas. *Landstudie Nederland*, 2005

Stenberg, Gunnel. *Non-Expulsion and Non-Refoulement*, Uppsala: Iustus förlag, 1989

UDI, Asylavdelingen, *Rapportering av opplysninger om kriminelle asylsøkere m.v. til politiet og integreringsavdelingen m.v.*, Intern melding 03/7649, 23.6.2003 – endret 30.12. 2004

UDI. *Landstudie Norge*, 2005

UDI. *Vedtak om tilbakekall av asylstatus, reisebevis, bosettingstillatelse og tidligere arbeids- og oppholdstillatelser – vedtak om utvisning og innmelding i Schengen Information System – Borger av Irak – Faraj Ahmad, Najmuddin – f.0707.1956 – Alias Mullah Krekar*, Oslo 19.02. 2003

UNE. *Fagnotat, Flyktningkonvensjonen art. 1 F*, 13. september 2002/oppdatert 10. februar 2005

UNE. *Klage fra Faraj Ahmad, alias mullah Krekar*, vedtak av 12.05. 2005

UNE. *Krekar-saken*, vedtak av 12.05. 2005

Utlendingsloven (Norge)

van Krieken, Peter J. *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 1999

Vevstad, Vigdis. *Refugee Protection: A European Challenge*, Oslo: Tano Aschehoug, 1998

Woods, Gemma. *Landstudie Storbritannia*, 2005

Zard, Monette. "Exclusion, terrorism and the Refugee Convention", FMR 13

Dokumenter fra EU og Europarådet

Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, "The Hague Programme: ten priorities for the next five years, A partnership for European renewal", Brussel XXX COM(2005) XXX final

Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004

Council of Europe. Guidelines on human rights and the fight against terrorism, 15 juli 2002

Council of Europe, Committee of Ministers, Rec(2005)6, 23 March 2005

EU Council on Minimum Procedures, Dok. 8771/04 Asile 33 av 30. april 2004

EU Council Qualification Directive 29. april 2004, JO L 304, 30 september 2004: Council Directive on minimum standards for the qualification of third country nationals and stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted ("Qualification directive").

The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union, 2005/C 53/01, 3. mars 2005

FN-dokumenter

Elements of Crimes, ICC-ASP/1/3

IRO-konstitusjonen Annex I Part II ("Persons who will not be the Concern of the Organization")

Rome Statute of the International Criminal Court, FN. Doc. A/CONF.183/9, av 17. juli 1998

UNGA Resolusjon 49/60 (1994), pkt 5, bokstav f, Erklæring fra 1994, UNGA Resolusjon 51/210 (1996) med annex som supplerer 1994 "Measures to Eliminate International Terrorism

UNHCR, *Addressing Security Concerns without Undermining Refugee Protection* (Rev.1), Geneva, November 2001

UNHCR. *Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/03/05, 4 September 2003 (UNHCR, Guidelines Exclusion 2003)

UNHCR. *Guidelines on International Protection: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/03/03, 10 February 2003 (UNHCR, Guidelines Cessation 2003)

UNHCR. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (Håndboken)

UNHCR. *Information Note on Article 1 of the 1951 Convention*, Geneva, March 1995

UNHCR. "The Exclusion Clauses: Guidelines on their Application", Geneva, December 1996

UNHCR. "UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004" *Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind*, med kommentarer utarbeidet av Folkerettskommisjonen (International Law Commission) i 1996

United Nations. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1950)

United Nations. *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (1984)

United Nations. *Convention on the Rights of the Child* (1989)

United Nations. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, UNHCR, Genève 1979

United Nations. *International Covenant on Civil and Political Rights* (1966)

United Nations. *Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees* (1950)

United Nations. *United Nations Convention relating to the Status of Refugees* (1951)

United Nations. *Universal Declaration on Human Rights* (1948)

United Nations, General Assembly. *Measures to eliminate international terrorism, Report of the Secretary-General*, 5 August 2004 (A/59/210)

United Nations Security Council. *Resolution 1373* (2001)

United Nations Security Council. *Resolution 1535* (2004)

United Nations Security Council. *Resolution 1566* (2004)

United Nations Security Council. *Resolution 1593* (2005)

Utvalgte saker

CANADA

Appeal decision in Equizabal - <http://www.canlii.org/ca/cas/fca/1994/1994fca10022.html>

Appeal decision in Gil - <http://www.canlii.org/ca/cas/fca/1994/1994fca10031.html>

Hajialakhani v. M.C.I. (F.C.T.D., IMM-3105-97, September 11, 1998

Pushpanathan v. M.C.I. F.C.T.D., IMM-4427-01, September 3, 2002

Ramirez v. M.E.I. [1992], 2 F.C. 306, 89 D.L.R. (4th) 780, 135 N.R. 390 (F.C.A.)

NORGE

M.V. mot Staten (Norge, 1997)

Krekar-saken, UDI 2003, *Vedtak om tilbakekall av asylstatus, reisebevis, bosettingstillatelse og tidligere arbeids-og oppholdstillatelser – vedtak om utvisning og innmelding i Schengen Information System – Borger av Irak – Faraj Ahmad, Najmuddin – f.0707.1956 – Alias Mullah Krekar*, Oslo 19.02.2003

Krekar-saken, UNE 2005, *Klage fra Faraj Ahmad, alias Mullah Krekar*, vedtak av 12.05.2005

Krekar-saken, Oslo tingrett, dom av 27.09.2005

STORBRITANNIA

Gurung v Secretary of State for the Home Department [2002] UKIAT 04870 – <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/uk/cases/UKIAT/2002/04870.html&query=Gurung+&method=all>

House of Lords, i *A & Others v Secretary of State for the Home Department*, dom av 16.12.04 <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm>

Immigration Appeal Tribunal, i: *Indra Gurung v. Secretary of State for the Home Department*, 2003

KK Turkey v Secretary of State for the Home Department [2004] UKIAT 00101- <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/uk/cases/UKIAT/2004/00101.html&query=KK+Turkey+&method=all>

Mohammed Arif v SSHD [1999] 1mm AR 271

R v Secretary of State for the Home Department, ex p Sivakumaran [1988] 1 AC 958 at 990 [http://www.bailii.org/cgibin/markup.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1987/1.html&query=R+v+Secretary+of+State+for+the+Home+Department,+ex+p+Sivakumaran+\[1988\]+1+AC+958&method=all](http://www.bailii.org/cgibin/markup.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1987/1.html&query=R+v+Secretary+of+State+for+the+Home+Department,+ex+p+Sivakumaran+[1988]+1+AC+958&method=all)

Federal Court of Appeal in Sivakumar

<http://www.canlii.org/ca/cas/fca/1993/1993fca10048.html>

Singh & Singh v Secretary of State for the Home Department [2000] SIAC 31 July 2000

DEN EUROPEISKE MENNESKERETTSDOMSTOLEN

Case of N. V. Finland (dom av 26.07.2005), Strasbourg

Case of Said v. The Netherlands (dom av 5.07.2005), Strasbourg

Chahal v. United Kingdom (dom av 15.11.1996), Strasbourg

H.L.R. v. France (dom av 29.04.1997), Strasbourg

Soering v. United Kingdom (dom av 07.07.1989), Strasbourg

Vilvarajah and Others v. The United Kingdom (dom av 30.10.1991), Strasbourg

Vedlegg

QUESTIONS WITH REGARD TO NATIONAL LEGISLATION AND APPLICATION OF THE EXCLUSION AND CESSATION CLAUSES OF THE 1951 CONVENTION

1

What is the status of the 1951 Refugee Convention under your national law?

Is it incorporated into national legislation, transformed into national legislation, or has it only acted as inspirational for national legislation and/or practice?

What is the status of the Council Directive 2004/83/EC (qualification directive) under your national law?

What is the status of ECHR under your national law?

2

How is the content and application of Art. 1 C-F or similar national rules described in general terms in your national primary and/or secondary legislation and/or other regulations set out by legislative, governmental, administrative or quasi-judicial bodies (e.g. appeal boards)?

Please submit relevant source material (such as primary and secondary legislative rules and other regulations or directives). To what extent are exclusion and cessation clauses applied in practice? If easily available, please submit statistical material or other official statements.

3

Is there any relevant forthcoming new legislation? If so, please describe its present status in the process.

4

Art 1 F: "...shall not apply..." Are there exceptions to the obligation to exclude?

Please describe your application of the principle of proportionality with regard to the seriousness of the crime and possible consequences of exclusion.

5

Art 1 F: "...serious reasons for considering...". What is the standard of proof? Is the standard "more likely than not", or is more than 51% likelihood required?

Is the standard of proof considered to be relative to the different criminal acts covered by Art. 1 F?

If easily available, please submit case material.

6

Art 1 F: Are there any known administrative, quasi-judicial or judicial cases where Art. 1 F has been made applicable to persons who have assisted more indirectly in crimes covered by Art. 1 F?

If easily available, please submit case material.

7

Art. 1 F: Subjective elements (*mens rea*). Are there any known administrative, quasi-judicial or judicial cases where the subjective elements, in particular the concept of intent, have been elaborated upon?

If easily available, please submit case material.

8

Art. 1 F: Are the same or similar exclusion rules applicable also in relation to persons who would otherwise have received a type of subsidiary protection status and not a Refugee Convention status?

9

Can refugees be excluded from refugee status and/or subsidiary protection on other grounds than those enumerated in Art. 1 F (or in Art. 1 C-E)? For example by Art. 33 (2), or by special national rules?

10

Can persons covered by Art. 1 F be returned (or extradited) if he/she at the same time is protected by other international rules, such as the CAT Art. 3, ICCPR Art. 7 or the ECHR Art. 3? Is the principle of absolute protection as set forth in the *Chahal* case (ECHR) adhered to in practice? Describe any noticeable changes in attitude, discussion, application or proposed or adopted legislation post “9/11”.

11

Art. 1 F and procedures: Can Art. 1 F be applied in your national procedures without first having considered the conditions for refugee status, Art. 1 A (2), or the conditions for other subsidiary protection?

12

Art. 1 F and further procedures: What is the institutional relationship between consideration of exclusion and prosecution of the suspected person? Which bodies or units are responsible for doing what when suspicion of acts covered by Art. 1 F arises, e.g. possible terrorist acts? How is the cooperation between different national bodies and/or international organisations regulated by your national law?

What is the relationship between exclusion procedures, criminal procedures and extradition procedures?

13

Does your national law contain particular provisions (primary and/or secondary) for a crime against peace, a war crime, a crime against humanity or genocide with a view to:

a criminal prosecution

b expulsion

c extradition

If available, please submit the relevant source material.

14

Art. 1 C: How is the concept of voluntariness interpreted and applied in practice, in particular as provided for in Art. 1 C (1)?

15

Art. 1 C (5): Does the application of this cessation clause in your national law require a different consideration than a new assessment of the inclusion clause (Art. 1 A 2)? If so, what are the main requirements?

16

Is there something else you would like to emphasise as important in relation to the application of Art. 1 C-F in your country or in relation to a study like this?

17

What is the influence of guidelines and other policy documents emanating from UNHCR, the Council of Europe, OSCE, IGC, etc. with respect to the application of Art. 1 C-F?

What is the influence of UN resolutions?

Recent Reports

R 2006: 1

ISAKSEN, Jan, Ingrid Samset and Fernando Pachero. Mid-Term Review of the Angola Programme of Norwegian People's Aid. Bergen, 2006, 114 pp.

R 2005: 16

WATERS-BAYER, Ann, Arne Tostensen and Yohannes GebreMichael: Review of the Norwegian Development Fund portfolio in Ethiopia. Bergen, 2005, 77 pp.

R 2005: 15

STRAND, Arne and Gunnar Olesen: Afghanistan: Findings on education, environment, gender, health, livelihood and water and sanitation (2001 to early 2005). Bergen, 2005.

R 2005: 14

TOSTENSEN, Arne and Thomas Nzioki Kibua: Fast-tracking East African integration. Assessing the feasibility of a political federation by 2010. Bergen, 2005, 36 pp.

R 2005: 13

TOSTENSEN, Arne and Ramji Nyirenda: Norwegian support to Bunda College of Agriculture - Phase II. Bergen, 2005, 54 pp.

R 2005: 12

FJELDSTAD, Odd-Helge et al.: Local governance, urban poverty and service delivery in Namibia. Bergen, 2005, 111 pp.

R 2005: 11

KNUDSEN, Are, with Hamidullah Natiq and Sadiqa Basiri: Norwegian NGOs in post-Taliban Afghanistan: Review and lessons learned. Bergen, 2005, 59 pp.

R 2005: 10

ISAKSEN, Jan and Carlos Rafa Mate: Micro and small-scale industry. Development in Cabo Delgado Province in Mozambique. Bergen, 2005, 44 pp.

R 2005: 9

ISAKSEN, Jan (team leader) et al.: Poverty in Mozambique. Discourse, analysis and monitoring. Bergen, 2005, 114 pp.

R 2005: 8

MATHISEN, Harald and Vera Devine: Corruption in Bosnia and Herzegovina - 2005. Options for Swedish Development Cooperation 2006-2010. Bergen, 2005, 70 pp.

R 2005: 7

TJØNNELAND, Elling N., Jan Isaksen, Garth le Pere: SADC's Restructuring and Emerging Policies. Options for Norwegian Support. Commissioned by the Norwegian Embassy, Harare. Bergen, 2005, 53 pp.

R 2005: 6

LANGE, Siri and Marianne Rønnevig: Review of Norwegian support to Tanzania Culture Trust Fund. Bergen, 2005, 24 pp.

=
=
=
=

CMI's publications, Annual Report and quarterly newsletters are available on CMI's homepage www.cmi.no

SUMMARY

Public faith in the asylum system is based, among other things, on whether authorities involved in the asylum process are able to distinguish ordinary refugees from asylum-seekers who have committed crimes against humanity or other serious crimes.

This report, commissioned by the Norwegian Ministry of Labour and Social Inclusion in 2004, examines certain provisions of the 1951 UN Convention relating to the Status of Refugees that gives receiving states the possibility of excluding or exempting a person from refugee status (the so-called "exclusion" and "cessation" clauses).

The report's main conclusion is that there is a need for a more systematic and principled approach to exclusion cases in Norwegian jurisprudence. This implies that the international exclusion clauses ought to be applied more frequently than at present, that is, more cases ought to be considered bearing the possibility of exclusion in mind. At the same time, the report also emphasises that international law on exclusion suffers from the weakness that no international refugee court, or similar organ, has so far been established.

ISSN 0805-505X
ISBN 82-8062-150-4

Chr. Michelsen Institute (CMI) is an independent, non-profit research institution and a major international centre in policy-oriented and applied development research. Focus is on development and human rights issues and on international conditions that affect such issues. The geographical focus is Sub-Saharan Africa, Southern and Central Asia, the Middle East, the Balkans and South America.

CMI combines applied and theoretical research. CMI research intends to assist policy formulation, improve the basis for decision-making and promote public debate on international development issues.